Kuelmer.

Bayrisches Civilrecht.

Von

Paul Roth.

Zweiter Theil.

Tübingen, 1872.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Bayrisches Civilrecht.

Zweiter Theil.

Bayrisches Civilrecht.

Von

Paul Roth.

Zweiter Theil.

Tübingen, 1872.
Verlag der H. Laupp'schen Buchhandlung.

Druck von H. Laupp in Tübingen.

Vorrede.

Die Anordnung der Darstellung des Bayrischen Civilrechts, dessen zweiten Band ich hiemit vorlege, hat im Laufe der Zeit mehrfache Abänderungen erfahren. Zunächst war beabsichtigt in dem dritten Band das Obligationenrecht zu geben, was indessen, da für dieses nunmehr die Reichsgesetzgebung competent ist, sofort nach Erscheinen des ersten Bandes aufgegeben wurde. Ferner hatte ich, um das Erscheinen der Fortsetzung nicht zu lange aufzuhalten, und namentlich die Veröffentlichung der Darstellung des Hypothekenrechts zu beschleunigen, die Ausgabe des zweiten Bandes in zwei Lieferungen beabsichtigt, deren erste die nun folgenden §§ 109—151 und das Hypothekenrecht umfassen sollte. Da ich indessen im Laufe des Jahres 1871 durch eine lang andauernde Krankheit an der Fortsetzung meiner Arbeiten gehindert war, so mußte ich auf die Ausführung dieses Planes verzichten, und habe nun das Hypothekenrecht, das ursprünglich das dritte Capitel des zweiten Buchs bilden sollte, als fünftes Capitel nach den Reallasten eingereiht. Ich führe dieß an, weil sich in den zwei ersten Capiteln des zweiten Buchs mehrfache Beziehungen auf die früher bestimmte Anordnung finden, wie z. B. § 136 Note 49, welche, da die ersten fünfzehn Bogen schon im Druck vollendet waren, als die Unterbrechung durch meine längere Krankheit eintrat, nicht mehr geändert werden konnten. Eben dadurch muß ich auch entschuldigen, daß in den zwei ersten Capiteln des zweiten Buchs auf einige Gesetze und literarische Erscheinungen nicht Rücksicht genommen ist, deren Publication in das

Jahr 1871 und 1872 fällt, und die mir nicht bekannt sein konnten, als der Druck der ersten fünfzehn Bogen im Gang war. Dem Sachenrecht wollte ich ursprünglich als siebentes Capitel das Bergrecht, Jagdrecht und Wasserrecht einverleiben. Es schien mir passend, zunächst damit der Umfang des zweiten Bandes nicht unverhältnißmäßig ausgedehnt werde, diese Institute in dem dritten Band zu behandeln. Allein ich habe sie nun von dem Sachenrecht überhaupt ausgeschieden, und als „Regalien" in einem eignen, dem dritten Buch, zusammengefaßt. Genau genommen sollte die Rubrik heißen „Rechtsverhältnisse aus ehemaligen Regalien;" es sei gestattet, diese schwerfällige Bezeichnung durch die handlichere wenn auch den jetzigen Verhältnissen nicht mehr ganz entsprechende zu ersetzen, die, wie ich hier ausdrücklich hervorhebe, nur in dem oben erwähnten Sinn gemeint ist. Eine Zusammenfassung dieser Institute, deren Darstellung im Civilrecht gar nicht entbehrt werden kann, unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt rechtfertigt sich nicht nur aus der historischen Entwicklung, sondern entspricht auch dem praktischen Bedürfniß. Ich verbinde damit die Darstellung der dinglichen Gewerbsrechte als „Monopolien", welche für Bayern ihre Bedeutung noch nicht ganz verloren haben. Dem dritten Buch „Regalien und Monopolien" wird im dritten Band als viertes Buch das Erbrecht folgen, und damit die Darstellung vorläufig geschlossen werden.

Inhalt.

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Caput 1.

Von den Sachen im Allgemeinen.

		Seite
I. Begriff der Sache.	§ 109.	1
II. Natürliche Unterscheidungen der Sachen.		
1. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit.	§ 110.	2
2. Verbrauchbarkeit.	§ 111.	9
3. Vertretbarkeit.	§ 112.	10
4. Theilbarkeit.	§ 113.	11
III. Rechtliche Unterscheidungen der Sachen.		
1. Sachgesammtheiten.	§ 114.	13
2. Haupt- und Nebensachen.	§ 115.	16
3. Dem Verkehr entzogene Sachen.	§ 116.	26
4. Unterscheidung der Sachen nach den damit verbundenen Rechtsverhältnissen.	§ 117.	30

Caput 2.

Das Eigenthum.

Titel 1.

Wesen und Inhalt des Eigenthums.

I. Begriff des Eigenthums.	§ 118.	32
II. Arten des Eigenthums.		
1. Volles und getheiltes Eigenthum.	§ 119.	47
2. Gemeinschaftliches Eigenthum.	§ 120.	49
III. Beschränkungen des Eigenthums.		
1. Im allgemeinen.	§ 121.	71
2. Arrondirungszwang und Verpflichtung zu Bewässerungsanlagen.	§ 122.	74

Seite

3. Beschränkung des Verfügungsrechts.
A. der Veräußerung. . . . . § 123. 78
B. Beschränkung der Theilung. . . . . § 124. 79
C. Beschränkung des Gebrauchs.
a. bei Grundflächen. . . . . § 125. 80
b. bei Gebäuden. . . . . § 126. 87
c. bei Gewässern. . . . . § 127. 91
4. Beschränkung des Verbietungsrechts. . . . . . . § 128. 92

Titel 2.

Der Besitz.

I. Begriff des Besitzes. . . . . § 129. 96
II. Voraussetzungen des Besitzes. . . . . § 130. 99
III. Wirkungen des Besitzes. . . . . § 131. 108
IV. Erwerb des Besitzes. . . . . § 132. 111
V. Verlust des Besitzes. . . . . § 133. 123
VI. Schutz des Besitzes. . . . . § 134. 130

Titel 3.

Eigenthumserwerb.

Von den Erwerbsarten des Eigenthums im allgemeinen. . . . § 135. 144

Abschnitt 1.

Abgeleiteter Erwerb.

I. Uebertragung. . . . . § 136. 145
II. Adjudikation. . . . . § 137. 156

Abschnitt 2.

Ursprünglicher Erwerb.

Abtheilung 1.

Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum.

I. Fruchterwerb. . . . . § 138. 157
II. Eigenthumserwerb durch Verbindung. . . . . § 139. 158

Abtheilung 2.

Vom bisherigen Eigenthum unabhängiger Erwerb.

I. Occupation. . . . . § 140. 170
II. Expropriation. . . . . § 141. 172
III. Retrakt. . . . . § 142. 184
IV. Verarbeitung. . . . . § 143. 189
V. Erwerb der Früchte einer fremden Sache. . . . . . . § 144. 191
VI. Ersitzung.
1. Im Allgemeinen. . . . . § 145. 193
2. Die ordentliche Ersitzung. . . . . § 146. 199
3. Die außerordentliche Ersitzung. . . . . § 147. 212

Seite

Titel 4.

Schutz des Eigenthums.

I. Pfändungsrecht . . . . § 148. 213
II. Klagen zum Schutz des Eigenthums.
1. Die Eigenthumsklage (rei vindicatio) . . . . § 149. 216
2. Die Eigenthumsfreiheitsklage . . . . § 150. 224
3. Schutz des Eigenthumsbesitzes . . . . § 151. 227

Caput 3.

Die Dienstbarkeiten.

Allgemeine Grundsätze . . . . § 152. 228

Titel 1.

Erwerb, Verlust und Schutz der Dienstbarkeiten.

I. Entstehung der Dienstbarkeiten . . . . § 153. 232
II. Aufhebung der Dienstbarkeiten . . . . § 154. 245
III. Schutz der Dienstbarkeiten . . . . § 155. 252

Titel 2.

Die einzelnen Arten.

Abschnitt 1.

Persönliche Dienstbarkeiten.

Allgemeine Grundsätze . . . . § 156. 254
I. Der Nießbrauch.
1. Begriff und Arten . . . . § 157. 256
2. Begründung . . . . § 158. 259
3. Inhalt des Nießbrauchsrechts . . . . § 159. 264
II. Das Gebrauchsrecht . . . . § 160. 281
III. Das Wohnungsrecht . . . . § 161. 283

Abschnitt 2.

Die Grunddienstbarkeiten.

Allgemeine Grundsätze . . . . § 162. 285
I. Das Hut- und Weiderecht . . . . § 163. 292
II. Die Wegegerechtigkeit . . . . § 164. 303
III. Wasserlaufdienstbarkeiten . . . . § 165. 307
IV. Forstdienstbarkeiten . . . . § 166. 308
V. Dienstbarkeiten an Grundflächen . . . . § 167. 316
VI. Gebäudedienstbarkeiten . . . . § 168. 317

Caput 4.

Reallasten.

Allgemeine Grundsätze . . . . § 169. 329

Seite

Titel 1.

Entstehung und Beendigung.

I. Entstehung. § 170. 339
II. Inhalt. § 171. 342
III. Beendigung. § 172. 347
IV. Rechtsmittel. § 173. 349

Titel 2.

Die einzelnen Reallasten.

I. Grundabgaben. § 174. 350
II. Forstrechte. § 175. 353
III. Ewiggeld.
Allgemeines. § 176. 356
1. Entstehung und Beendigung. . . . . § 177. 360
2. Inhalt. § 178. 366
3. Rechtsmittel. § 179. 371
IV. Kirchliche Baulast. § 180. 374

Caput 5.

Pfandrecht.

Allgemeine Lehren. § 181. 374

Titel 1.

Das Hypothekenrecht.

I. Die Hypothekengerichtsbarkeit.
1. Competenz des Hypothekenamts. . . . . § 182. 384
2. Die Buchführung. . . . . § 183. 392
II. Princip des Hypothekenrechts.
1. Im allgemeinen. . . . . § 184. 404
2. Die Publicität. . . . . § 185. 405
3. Die Specialität. . . . . § 186. 412
III. Begründung der Hypothek.
1. Das Hypothekenobjekt. . . . . § 187. 413
2. Dispositionsbefugniß des Eigenthümers. . . . . . . § 188. 417
3. Rechtstitel. . . . . § 189. 429
4. Die Eintragung. . . . . § 190. 436
IV. Wirkung der Eintragung.
1. Das Rechtsverhältniß des Gläubigers.
a. Umfang des dinglichen Rechts. . . . . § 191. 444
b. Dispositionsbefugniß des Gläubigers. . . . . . § 192. 449
c. Geltendmachung des Hypothekenrechts. . . . . § 193. 455
d. Verhältniß mehrerer Hypothekgläubiger zu einander. § 194. 464
2. Stellung des Eigenthümers. . . . . § 195. 469
V. Erlöschen der Hypothek. . . . . § 196. 476

Seite

Titel 2.

Das Faustpfandrecht. . . . . § 197. 482

Caput 6.

Dingliche Nutzungsrechte.

Allgemeine Lehren. § 198. 499

Titel 1.

Lehenrecht.

Einleitung. . . . . § 199. 502

Abschnitt 1.

Von dem Lehenverhältniß im allgemeinen.

I. Begriff des Lehens. . . . . § 200. 505
II. Gegenstand des Lehens. . . . . § 201. 507
III. Von den Lehenspersonen. . . . . § 202. 510
IV. Von der Lehenserrichtung. . . . . § 203. 513

Abschnitt 2.

Rechtsverhältniß des errichteten Lehens.

Abtheilung 1.

Rechte des Lehensherrn. . . . . § 204. 518

Abtheilung 2.

Rechte des Vasallen.

I. Persönliche Rechte des Vasallen. . . . . § 205. 523
II. Dingliche Rechte des Vasallen.
1. Das Nutzungsrecht. . . . . § 206. 523
2. Dispositionsbefugniß. . . . . § 207. 525

Abtheilung 3.

Die Lehenfolge.

I. Princip. . . . . § 208. 530
II. Voraussetzung. . . . . § 209. 532
III. Successionsordnung. . . . . § 210. 535
IV. Erwerb der Lehenssuccession. . . . . § 211. 537

Abtheilung 4.

Rechtsverhältnisse Dritter zu den Lehenspersonen.

I. Ansprüche der Allodialerben. . . . . § 212. 537
II. Ansprüche der Wittwe. . . . . § 213. 538
III. Ansprüche der Gläubiger. . . . . § 214. 538
IV. Sonderung des Lehens vom Allod. . . . . § 215. 541

Seite

Abschnitt 3.

Beendigung des Lehenverhältnisses. . . § 216. 542

Titel 2.

Das Recht der Familienfideicommisse.

Einleitung. . . . . § 217. 548

Abschnitt 1.

Von den Familienfideicommissen überhaupt.

I. Begriff der Familienfideicommisse. . . . . § 218. 551
II. Gegenstand des Familienfideicommisses. . . . . § 219. 553
III. Subjekte des Familienfideicommisses. . . . . § 220. 556

Abschnitt 2.

Errichtung des Familienfideicommisses.

I. Akt der Errichtung. . . . . § 221. 557
II. Perfektion. . . . . § 222. 561

Abschnitt 3.

Rechtsverhältniß der Betheiligten.

Abtheilung 1.

Rechte des Fideicommißinhabers.

I. Princip. . . . . § 223. 563
II. Das Nutzungsrecht. . . . . § 224. 564
III. Veräußerung. . . . . § 225. 566
IV. Verschuldung. . . . . § 226. 569

Abtheilung 2.

Rechtsverhältniß der Anwärter. . . . § 227. 574

Abtheilung 3.

Anordnungen zur Erhaltung des Familienfideicommisses. § 228. 577

Abschnitt 4.

Die Familienfideicommißsuccession.

I. Princip. . . . . § 229. 580
II. Successionsfähigkeit. . . . . § 230. 581
III. Successionsordnung. . . . . § 231. 582
IV. Erwerb. . . . . § 232. 584

Abschnitt 5.

Rechtsverhältniß Dritter.

I. Ansprüche der Wittwe und der Allodialerben. . . . . § 233. 584

Seite
II. Ansprüche der Gläubiger. . . . . § 234. 585
III. Sonderung des Fideicommisses und Allods. . . . . . . § 235. 587

Abschnitt 6.

Aufhebung des Familienfideicommisses. . . . § 236. 589

Titel 3.

Landwirthschaftliche Erbgüter. . . . . § 237. 592

Titel 4.

Das Platzrecht. . . . . § 238. 598

Verzeichniß

der gebrauchten Abkürzungen.

Außer den im ersten Band S. XV. und XVI. aufgeführten Abkürzungen sind für den vorliegenden Band noch folgende zu verzeichnen:

Beseler, E.V. — Beseler, Erbverträge. Band II. b wird als Band III. citirt.
Dernburg, P. P.R. — Dernburg, Preußisches Privatrecht.
Ersch, Enc. — Ersch, Encyclopädie.
E.G.G. — Erbgütergesetz.
F.E. — Fideicommißedikt.
G.S. — Generaliensammlung.
Goldschmidt, H. R. — Goldschmidt, Handelsrecht.
Gönner, Comm. — Gönner, Commentar zum Hypothekengesetz.
Graf, Comm. — Graf, Commentar zum Hypothekengesetz Band 3.
G.B.O. — Grundbuchsordnung.
H.G.B. — Handelsgesetzbuch.
L.T.A. — Landtagsabschied.
L.A.G. — Lehenablösungsgesetz.
L.E. — Lehenedikt.
Lehner, H.A.O. — Lehner, Hypothekenamtsordnung.
Lehner, H.R. — Lehner, Hypothekenrecht.
Lehner, Pr.O. — Lehner, Prioritätsordnung.
Lewis, F.F. — Lewis, Familienfideicommisse.
Mayr, L.R. — Mayr, Lehenrecht.
Not.Ges. — Notariatsgesetz.
R. L.E. — Revidirtes Lehenedikt.
Salza, F.C. — Salza, Fideicommisse.
Thöl, H.R. — Thöl, Handelsrecht.
Weber, H.B. — Weber, Handbuch des Lehenrechts.
Z. f. R.W. A. — Zeitschrift für Rechtswissenschaft des Auslands.
Z. f. C.R. — Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß.

(Beisatz eines Sterns bedeutet Neue Folge).

Nachträge.

Zu § 109, 4, § 131, 3 und § 140, 14. Die hier erwähnten Bayrischen Gesetze haben durch die an ihrer Stelle eingeführten Reichsgesetze ihre Geltung verloren.

Zu § 116, 4. Das Wasserrecht wird wie in der Vorrede erwähnt im III. Buch gegeben werden.

Zu § 133, 29. Nach Bayr. L.R. II. 5. 7. Nr. 5 geht beim Constitutum possessorium der Besitz verloren, wenn der von der Besitzergreifung eines Dritten in Kenntniß gesetzte Besitzer nicht innerhalb drei Tagen sich gemeldet hat.

Zu § 141. Durch Gesetz 24/3 1872 ist die Zuläßigkeit der Expropriation von Pferden im Fall der Mobilisirung ausgesprochen.

Zu § 146, 18. Ueber bona fides ist zu vergleichen: Bruns, das Wesen der bona fides bei der Ersitzung. Berlin 1872.

Zweites Buch.

Sachenrecht.

Caput 1.

Von den Sachen im allgemeinen.

§ 109.

I. Begriff der Sache.

Unter Sache versteht man zunächst im Gegensatz zur Person die körperlichen für sich bestehenden Gegenstände [1], im weiteren Sinn alles was Gegenstand von Rechten sein kann [2]. Sachen in letzterem Sinn sind nicht nur körperliche Gegenstände, sondern auch Rechte, weßhalb man körperliche und unkörperliche Sachen unterscheidet [3]. Körperliche Sachen sind alle greifbaren Dinge; unkörperliche Sachen die einzelnen

---

[1] Dieß ist identisch mit dem was die Quellen res corporales nennen. §. 1. J. 2. 2. Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt. Sache wird im gewöhnlichen Leben auch im weitesten Sinn gebraucht für alles, was wirklich oder gedacht existirt, was jedoch juristisch bedeutungslos ist. Buchholtz, Versuche 3. Unger, Ö. P.R. § 45, 1—5.

[2] l. 23. D. 50. 16. Rei appellatione et causae et jura continentur. Bayr. L.R. II. 1. 1: Hab' und Gut begreift alle zum menschlichen Gebrauch dienliche Dinge. Pr. L.R. I. 2. 1 und 3: Sache überhaupt heißt im Sinn des Gesetzes alles, was der Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein kann. Im engeren Sinn wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch die Übereinkunft der Menschen eine Selbstständigkeit hat, vermöge deren es der Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann. Vgl. darüber Förster, P. P.R. § 20.

[3] pr. § 1 und 2. Inst. 2. 2. Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales hae sunt, quae sui natura tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. Bayr. L.R. II. 1. 1. Pr. L.R. I. 2. 2.

Rechte, welche den Gegenstand eines Rechtes ausmachen [4], die Inbegriffe von Vermögensrechten [5], und die Sachgesammtheiten [6].

II. Natürliche Unterscheidungen der Sachen.

§ 110.

1. Beweglichkeit und Unbeweglichkeit. [1]

Die Unterscheidung der Sachen nach ihrer Beweglichkeit und Unbeweglichkeit ist in der Natur begründet. Beweglich ist die Sache,

---

[4] Bayr. L.R. II. 1. 9. Körperliche Dinge seind, welche in die äußerliche Sinne fallen, unkörperliche aber, welche leiblicher Weise nicht begriffen werden, als da seind z. E. alle Rechte, Gerechtigkeiten, Dienstbarkeiten, Erbschaften, Klagen, Pflichten und Befugnissen, und obwohl diese letzteren ihrer Natur nach weder zu den beweglich noch zu den unbeweglichen Dingen gehören, so folgen sie doch dem Objecto, worauf sie gehen oder der Qualität desjenigen Dings, welchem sie anhangen. Pr. L.R. II. 1. 2: „Auch die Handlungen der Menschen ingleichen ihre Rechte, insoferne dieselben den Gegenstand eines anderen Rechtes ausmachen, sind unter der allgemeinen Benennung von Sachen begriffen." Zu diesen wird jetzt auch das Urheberrecht, oder sog. literarische Eigenthum gerechnet; s. Mandry, Commentar zum Gesetz 28/6 1865 in Dollmann, G.G. I. 5. 95 f. Windscheid § 137, 7. In den Gesetzen selbst ist dieß ausdrücklich anerkannt s. Bayrisches Gesetz Art 50. „Das ausschließliche Recht des Urhebers zur Vervielfältigung oder Aufführung ist veräußerlich und vererblich." Deutsches Gesetz 11/6 70. § 1: „Das Recht, ein Schriftwerk auf mechanischem Wege zu vervielfältigen, steht dem Urheber desselben ausschließlich zu. §. 3. Das Recht des Urhebers geht auf dessen Erben über. Dieses Recht kann beschränkt oder unbeschränkt durch Vertrag oder durch Verfügung von Todeswegen auf andere übertragen werden." Mandry, Comm. 99 stellt sehr passend eine dritte Categorie von Rechten auf, die sich im modernen Verkehrsleben neben den dinglichen und Forderungsrechten ausgebildet hat, zu der auch das Recht auf eine Firma auf Waarenzeichen und Erfindungspatente gehört.

[5] Pr. L.R. I. 2. 32. „Auch der Inbegriff aller einzelnen Sachen und Rechte, die einem Menschen zugehören, kann als ein einzelnes Ganzes angesehen werden." Vgl. unten § 114. 10.

[6] Pr. L.R. I. 2. 32. Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus, und werden zusammengenommen als ein einzelnes Ganzes betrachtet. Entwurf I. 155: Eine Mehrheit körperlich getrennter Sachen, welche ihrer Entstehung oder Bestimmung nach ein zusammengehöriges Ganzes bilden, (Gesammtsache, Sachengesammtheit) kann vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmungen in ihrer Einheit oder Gesammtheit Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein. Vgl. unten § 114. 11.

[1] Kierulff, Theorie 322. Wächter, W. P.R. II. § 37. Windscheid § 139.

welche ohne Veränderung ihres Wesens in jedem Moment von einem Ort zum anderen gebracht werden kann, unbeweglich diejenige, bei welcher dieß nicht der Fall ist [2]. Diese den natürlichen Verhältnissen folgende Ausscheidung ist zwar im römischen Recht [3] nicht aber im älteren deutschen Recht durchgängig anerkannt, da nach letzterem theils in Folge der Uebung theils in Folge gesetzlicher Bestimmung für einzelne Sachen die natürliche Unterscheidung entweder allgemein [4] oder bezüglich eines einzelnen Rechtsverhältnisses [5] modificirt wurde, welches letztere auch in einigen unserer Statuten sich erhalten hat [6]. Allgemein ist nunmehr die Unterscheidung auch auf Rechte übertragen. Während nach römischem Recht die Rechte als unkörperliche Sachen den beweglichen und unbeweglichen als körperlichen Sachen entgegen gesetzt sind [7],

---

Unger, Ö. P.R. § 48. Beseler, Pr.R. § 75. Renaud in der Z. f. R.W. d. A. XXIII. 83 f.

[2] Nürnberg, Ref. XI. 4: Für varende Hab werdet gehalten und verstanden alle Parschaft, Hausrath, Kleinot, Kleider, Gepend, Harnisch, Waffen, Wehre, Werkzeug und alle Vihe, Thir und Geflügel und alles anders das getrieben und getragen werden mag. Bayr. L.R. II. 1. 9. Was sich von einem Ort zum andern ganz und unverletzt nicht überbringen läßt, ist ein unbewegliches außer dessen aber ein bewegliches Ding. P. L.R. I. 2. 6. Je nachdem eine Sache ihrer Substanz unbeschadet von einer Stelle zur andern gebracht werden kann oder nicht, wird sie für beweglich oder unbeweglich gehalten. Entwurf I. 143. Unbewegliche Sachen (Liegenschaften) sind die Grundstücke. Alle andere Sachen sind bewegliche (fahrende Habe, Fahrniß).

[3] l. 1. § 1. D. 7. 9. sive mobilis res sit sive soli. Daher unterscheidet l. 15. § 2. D. 42. 1. res mobiles, soli, jura.

[4] Dieß findet sich theils absolut ausgesprochen, wie z. B. partikularrechtlich Kleinodien zu den Immobilien gezählt werden, Renaud, Z. f. R.W. XXIII. 86, 10, theils relativ mit Rücksicht auf den jeweiligen Eigenthümer, z. B. für Waaren der Handelsleute und Geräthschaften der Handwerker, Renaud in der Z. f. R.W. XXIII. 87, 17. Mittermair P.R. § 143. 12. Die von manchen aufgestellte Meinung, daß nach älterem deutschem Recht Häuser durchgängig zu den Mobilien gerechnet worden seien, scheint dagegen in diesem Umfang nicht begründet. Mittermair in Ersch Enc. IX. 373.

[5] Renaud, Z. f. R.W. XXIII. 86. Dieß scheint das gewöhnlichste gewesen zu sein und wird von einigen namentlich Gengler, Lehrbuch 144 und Unger, Ö. P.R. § 48. II. als ausschließliche Regel angenommen. Beispiele finden sich im Erbrecht, ehelichen Güterrecht und Bauernrecht. Mittermair, P.R. § 143, 9 und 16. Unger, Ö. P.R. § 48, 39—44.

[6] vgl. unten Note 30 f.

[7] s. oben Note 3.

wird nach deutschem Recht [8] die Unterscheidung der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit auf das ganze Vermögen ausgedehnt [9].

Für die Unterscheidung der Rechte nach ihrer Immobiliar- und Mobiliarqualität hat sich übrigens gemeinrechtlich eine durchgehende Regel nicht gebildet. Einige zählen die Forderungsrechte zum beweglichen Vermögen, unterscheiden die dinglichen Rechte, je nachdem sie sich auf eine bewegliche oder unbewegliche Sache beziehen, und lassen Nebenrechte der Natur der Hauptrechte folgen [10], während andere immer nach dem Gegenstand unterscheiden wollen, welche letztere Ansicht den Vorzug verdient und auch in unseren Statuten angenommen ist [11]. Nach Preu-

---

[8] Es findet dieß schon in dem älteren Recht seine Begründung, da die Nothwendigkeit gerichtlicher Auflassung Ausscheidung der Rechte nach ihrer Qualität voraussetzte. Das gleiche Verhältniß ergibt sich daraus, daß die in Süddeutschland geltende Güterordnung der Verfangenschaft und gesammten Hand eine Unterscheidung des gesammten Vermögens nach den beiden Categorieen als Grundlage der Abtheilung nothwendig machte. Nicht entscheidend dagegen war das Wartrecht des nächsten Erben, das sich nur auf bestimmte Immobilien (Erbgut) erstreckte.

[9] Dieß ist jetzt gemeinrechtliche Regel, Windscheid § 139, 5. Beseler, Pr. R. § 75, 2.

[10] Glück, Comm. II. 532. Kierulff, Theorie 323. Arndts § 50, 4. Seuffert, Pandekten § 59. Beseler, P.R. § 75, 18. Wächter, W. P.R. II. 224 f. Unger, Ö. P.R. I. § 48, 66.

[11] Windscheid § 139, 5. Diesen Standpunkt hat Nürnberg, Ref. XI. 4. 2: Es werden auch Rent, Zinß, Gült, Weysat, Frücht und Nutzungen, so die auf bestimpte und erschiene Zeit und Zil verfallen sein, deßgleichen Gelt und anderer varender Hab Schulden für varende Hab gehalten und verstanden. 5. Und so einer dem andern ligende Hab, Frondienst oder andere Gerechtigkeit auf liegenden Gütern oder von liegender Güter wegen schuldig ist, das würdet auch für liegende und nit für varende Hab verstanden. Ebenso Bayr. L.R. II. 1. 9: „und obwohl diese letzteren (unkörperliche Dinge) ihrer Natur nach weder zu den beweglich- noch unbeweglichen Dingen gehören, so folgen sie doch dem Objekte, worauf sie gehen oder der Qualität desjenigen Dings, welchem sie anhangen.“ Daher rechnen die Anmerkungen Lit. c. Klagen auf bewegliche Sachen und Geldschulden sowie Hypotheken zu den Mobilien, dagegen Grunddienstbarkeiten, Jagden, Fischereien, alle anderen auf Grund und Boden haftenden Gerechtigkeiten und das Ewiggeld zu den Immobilien. Den gleichen Standpunkt hat Entwurf I. 147: Ist ein Vermögen in bewegliche und unbewegliche Sachen geschieden, so zählen in Ermanglung abweichender Verfügungen: 1) das Eigenthum und die Rechte an fremden Sachen mit Ausschluß des Pfandrechts zu dem beweglichen oder unbeweglichen Vermögen, je nachdem ihr Gegenstand eine bewegliche oder unbewegliche Sache ist. Der Anspruch auf die einzelnen aus fruchtbringenden Rechten an fremden Sachen verfallenen Leistungen gehört zu den be-

ßischem Recht werden nur diejenigen Rechte zu dem unbeweglichen Vermögen gerechnet, bei welchen die Befugniß der Ausübung mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden oder welchen durch ein ausdrückliches Gesetz diese Eigenschaft beigelegt ist, alle anderen zu dem beweglichen Vermögen [12]. Mehrfach ist jedoch in unseren Statuten für einzelne Institute das Rechtsverhältniß besonders bestimmt [13]. Im einzelnen gelten folgende Regeln:

1. Unbewegliche Sachen (Immobilien, Liegenschaften) sind der Grund und Boden und was damit in dauernder Verbindung steht, namentlich was als natürliches Erzeugniß daraus hervorgeht [14], und was durch mechanische Verbindung darin befestigt ist [15]. Diese an sich beweglichen Bestandtheile der Immobilien sind, solange die Verbindung besteht, als unbewegliche anzusehen, und erhalten die Eigenschaft als bewegliche Sachen erst mit der Trennung; doch wird dadurch die Mög-

weglichen Sachen. 2) Forderungsrechte gelten als Bestandtheil des beweglichen Vermögens, wenn sie auf Ueberlassung oder Herausgabe einer Liegenschaft oder auf Bestellung eines Rechts an einer solchen gerichtet sind. Alle anderen Forderungsrechte gehören zu dem beweglichen Vermögen, auch wenn sie durch ein Pfandrecht auf Liegenschaften gesichert sind. 3) Nebenrechte folgen der Natur des Hauptrechts, zu welchem sie gehören.

[12] Pr. L.R. I. 2. 7—9. Förster, P. P.R. § 21, 42. Dernburg, P. P.R. § 63.

[13] Vgl. unten Note 30—34.

[14] l. 40. D. 19. 1. Arborum quae in fundo continentur non est separatum corpus a fundo. Entwurf I. 143: Bestandtheile des Grundstücks sind insbesondere die Erzeugnisse desselben, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Erk. 21/6 51. Bl. XVIII. 60 ist ausgesprochen, daß der Baum integrirender Bestandtheil des Bodens sei, und daher nicht selbstständiger Gegenstand des Eigenthums sein könne. Vgl. unten § 115, 17.

[15] § 29. J. 2. 1. quia omne quod solo inaedificatur solo cedit. Bayr. L.R. II. 3. 17. Ein Gebäude wird entweder mit fremden Materialien auf fremdem Grund oder auf fremden Grund mit eignen Materialien oder auf eignem Grund mit fremden Materialien errichtet. In allen diesen Fällen gehört solches dem Eigenthümer Grund und Bodens zu. Entwurf I. 143: „Bestandtheile des Grundstücks sind insbesondere: die mit dem Boden fest verbundenen Gebäude und deren Bestandtheile, die beweglichen Sachen, welche mit dem Grundstück in feste und bleibende Verbindung gebracht sind, solange diese Verbinduug dauert, wie die Planken und Zäune, die zur Wasserleitung oder ähnlichen Zwecken dienenden Röhren, Schiffmühlen, Badehütten und Marktbuden, welche dauerhaft im Boden befestigt sind." Für Gebäude ist der Umstand, daß ihr Fundament im Boden befestigt ist, bestimmend. Wächter, W. P.R. § 37, 44. Unger, Ö. P.R. § 48, 7. Z. f. G.G. u. R.Pfl. VIII. 71.

lichkeit mit Rücksicht auf die künftige Trennung darüber wie über Mobilien zu verfügen nicht ausgeschlossen [16]. Zu dem Boden gehört außer der Oberfläche der Untergrund [17] und der darüber befindliche Raum nach dem Verhältnisse der Grenzen der Oberfläche [18]. Daher ist Bestandtheil des Eigenthums, was sich von Natur in dem Boden befindet [19], und dem Eigenthümer steht ein Verbietungsrecht gegen den

---

[16] Wächter, W. P.R. II. § 37 S. 221. Unger, Ö. P.R. § 48, 6. und § 52, 17. Goldschmidt, H. R. I. § 59, 20—24. Erk. 18/5 64. Bl. XXX. 94. ist ausgesprochen, daß der Vertrag über den Abbruch eines Gebäudes als Kaufvertrag über eine bewegliche Sache anzusehen sei; vgl. auch H. A. Nürnberg. 14/4 64. Sammlg. I. 412.

[17] l. 24. § 12. D. 39. 2. utputa in domo mea puteum aperio quo aperto venae putei tui praecisa sunt, an tenear? ait Trebatius, non teneri me damni infecti, neque enim existimari, operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua jure meo usus sum. Windscheid, § 139, 3. Arndts § 130, 2. Förster, P. P.R. § 168, 31. Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 8. 4. Jeder kann regulariter in dem Seinigen thun und machen was er will, folglich auch bis in die Hölle hinuntergraben. Vgl. auch Anm. f. zu L.R. II. 8. 10. unten § 118, 79. P. L.R. I. 8. 132. Ueberhaupt darf unter des Nachbars Grund niemand graben; vgl. Erk. 9/3 52. Bl. XVII. 270. Entwurf III. 89. „Bei Liegenschaften erstreckt sich das Recht des Eigenthümers auch auf den Raum über denselben und auf das, was sich von Natur aus unter der Oberfläche befindet." Ueber die abweichende Ansicht von Werenberg vgl. unten § 118, 34.

[18] l. 1. pr. D. 8. 2. quia coelum quod supra id solum intercedit, liberum esse debet. Windscheid § 139, 3. Arndts § 130, 2. Unger, Ö. P.R. § 46, 4. Ganz bestimmt spricht dieß aus Kreittmayr, Anm. 2 b. zu L.R. II. 1. 5. „wohingegen ihm weder der Nachbar noch ein anderer ohne dessen Bewilligung über die Superficiem und Oberfläche seines Grundes etwas herein, ohne darauf bauen, setzen oder hängen darf, welches doch nicht verhindert werden könnte, wenn die Luft über dem Grund nicht eigen, sondern gemein wäre .... Die Römer haben dieses zum Theil selbst erkannt und die obere Luft für ein Accessorium des untergebenen Terrains angesehen;" vgl. auch Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 8. 10. unten § 118, 79. Würzburg V.O. VI. 1. (M. S. III. 789.) „Gleichwie eines jeden Grund und Boden bis an den Himmel frei sein muß, soferne nicht der Nachbar eine Dienstbarkeit hergebracht hat, so solle auch solcher Grundboden unter der Erden frei sein." In der bayrischen Praxis ist dieß für das Rechtsgebiet des gemeinen Rechtes allgemein anerkannt. E. C. E. 27/7 63 Moritz III. 433 und Erk. München 14/4 61 Sf. XIV. 208; ebenso für das Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts, Erk. 9/3 52. Bl. XVII. 270. Auch die Preußische Praxis stimmt überein, Förster, P. P.R. § 168, 30. Ueber die abweichende Ansicht von Werenberg vgl. unten § 118, 35.

[19] l. 13. § 1. D. 8. 4. Si constat in tuo agro lapidicinas esse invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapides caedere potest, cui

Eingriff eines dritten in den Untergrund sowohl als in den Luftraum zu. Ebenso sind Bestandtheil der Oberfläche die auf derselben befindlichen Privatgewässer [20]. Bestandtheile eines Hauses sind alle Gegenstände, welche mit demselben in feste und bleibende Verbindung gebracht sind [21]. Nach ihrer Beschaffenheit unterscheidet man städtische und ländliche Grundstücke und leere Plätze [22]. Städtische Grundstücke (praedia urbana) sind alle mit dem Boden verbundene Gebäude [23], ländliche Grundstücke diejenigen, welche zum Gewinnen natürlicher Früchte bestimmt sind [24], leere Plätze diejenigen, bei welchen weder das eine noch das andere der Fall ist [25]. Bei Verbindung eines städtischen und

---

id faciendi jus non est. Wächter, W. P.R. II. § 37, 3. Förster, P. P.R. § 168, 32. Eine Ausnahme ist durch die Regalität gewisser Fossilien und die später daran geknüpfte Freigebung des Bergbaues begründet, allein es liegt darin keine Veranlassung, die Erstreckung des Eigenthums auf den Untergrund in Abrede zu ziehen. s. Hesse in Jhering, Jahrb. f. Dogm. VI. 395.

[20] Wassergesetz, Art. 39. Flüsse und Bäche, welche weder zur Schiffahrt noch zur Floßfahrt mit gebundenen Flößen dienen, werden mit Inbegriff des Gefälls als Zubehör der Grundstücke betrachtet, zwischen welchen sie hindurchfließen, nach Maaßgabe der Uferlänge jedes Grundstücks.

[21] Wächter, W. P.R. II. § 40, 6. Unger, Ö. P.R. § 54, 6. Entwurf I. 145. „Bestandtheile eines Gebäudes sind alle beweglichen Sachen, welche mit demselben in feste und bleibende Verbindung gebracht sind, solange diese Verbindung dauert. Dahin gehören Fenster, Läden, Thüren sammt Schlössern, Glocken, Oefen, Heerde, eingezimmerte oder eingemauerte Schränke, in die Mauer oder in das Getäfel eingelassene Spiegel, Malereien und andere Verzierungen, befestigte Bildsäulen, aufgezogene Tapeten, Gaseinrichtungen, eingemauerte Kessel, Tröge, Wasserbehälter, Krippen, Raufen; dann eingemauerte oder sonst eingefügte Gewerbsvorrichtungen in Mühlen, Bräuhäusern oder Fabrikgebäuden u. dgl." Ueber die Unterscheidung von den Pertinenzien vgl. unten § 115, 17.

[22] Die Unterscheidung ist von Bedeutung für das Verhältniß der Prädialservituten und des Pachtvertrags Unger, Ö. P.R. § 48, 16 f. Das Preußische Recht unterscheidet die in allen ihren Zweigen der Landwirthschaft gewidmeten Grundstücke (Landgüter) von den übrigen, welche sie städtische nennt. Förster, P. P.R. § 21, 9.

[23] § 1. J. 2. 3. Aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sunt. Pfordten in A. f. C. Pr. XXII. 7. Wächter, W. P.R. II. § 37, 16 a.

[24] l. 198. D. 50. 16. Proinde hortos quoque si qui sunt in aedificiis constituti, dicendum sit, urbanorum appellatione contineri. Plane si plurimum horti in reditu sunt, vinearii forte vel etiam olitorii, magis haec non sunt urbana.

[25] Wächter, W. P.R. II. § 37, 17. Eine besondere Classe bilden nach bayrischem Recht die im Eigenthum des Staates stehenden Oedungen oben § 34, 44.

ländlichen Grundstücks ist dasjenige, dessen Gebrauch der überwiegende ist, als Hauptsache entscheidend für die Bestimmung der Beschaffenheit [26]. Leere Plätze, soweit sie nicht als Nebensache dem einen oder anderen angehören, sind den praedia rustica beizuzählen [27].

Gemeinrechtlich werden bei Unterscheidung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches die Rechte, welche sich auf unbewegliche Sachen beziehen, zu dem unbeweglichen Vermögen gerechnet [28], nach Preußischem Landrecht jedoch nur diejenigen, bei welchen die Befugniß der Ausübung mit dem Besitz einer unbeweglichen Sache verbunden ist [29]. Einzelne Statuten haben selbstständige Unterscheidungen für das Vormundschaftsrecht [30], den Protokollirungszwang [31], die Ersitzung [32] und die Anwendung des Amortisationsgesetzes [33]. Für das Hypothekenrecht gelten als den Immobilien gleichstehend nur fruchtbringende dingliche Rechte, welche selbstständig sind und mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen [34].

---

[26] l. 198. D. 50. 16 oben Note 24. Wächter, W. P.R. II. § 37, 20 f.

[27] Glück, Comm. IX. 25, 72. Pfordten, A. f. C. Pr. XXII. 7. Andere zählen sie zu den praedia urbana Unterholzner, Verjährung II. 121. Wächter, W. P.R. II. § 37, 16 und Unger, Ö. P.R. § 48, 19 f. unterscheiden nach den einzelnen Rechtsverhältnissen. Mir scheint das entscheidende zu sein, daß Ulpian, dessen Meinung recipirt wurde, ursprünglich den Begriff der praedia urbana mit dem der aedificia identificirte l. 198. D. 50. urbana praedia omnia aedificia accipimus.

[28] vgl. oben Note 11.

[29] vgl. oben Note 12.

[30] vgl. oben § 95, 9. Genannt werden in den dort aufgeführten Statuten: Kapitalien, Zinsbriefe, Renten, Gülten, Gerechtigkeiten, Dienstbarkeiten.

[31] vgl. unten § 136.

[32] Nürnberg, Reform. XVI. 5 und Dinkelsbühl, St. I. 5—16 Arnold II. 313. vgl. unten § 146.

[33] Nach dem Amortisationsedikt 1/8 1701 werden Jagden, Fischereigerechtigkeiten, weltliche Zehnten, Vogtei und eingelegte Gattergilt hinsichtlich der Erwerbung durch die todte Hand den unbeweglichen Gütern gleichgeachtet.

[34] Hyp. Ges. § 3: Nur auf unbewegliche Sachen und auf jenen fruchtbringenden dinglichen Rechten, welche von den Gesetzen den Immobilien gleichgeachtet sind, und mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen, kann eine Hypothek bestellt werden. Gönner, Comm. I. 118 rechnet dahin Zehnten, Jagd- und Fischereirechte, Bodenzinsen; ebenso gehören dahin dingliche Nutzungsrechte, z. B. Lehen, Platzrecht, dingliche Gemeindenutzungsrechte Lehner, H.R. § 19. Dingliche Gewerbsrechte wollte Gönner, Comm. I. 120 ausgeschlossen wissen, jedoch wurde später das Gegentheil verfügt Lehner, H.R. § 22, Graf, Comm. III. 3. Ebendahin gehört das Bergwerkseigenthum Graf, Comm. III. 2, Berg-

II. Bewegliche Sachen (Mobilien, Fahrniß) sind entweder von selbst sich bewegend oder nur tragbar [35]. Zu den ersteren gehören nur die Thiere, welche gemeinrechtlich in zahme, wilde und zahmgemachte [36], nach Preußischem Landrecht [37] in wilde von Natur schädliche, von Natur unschädliche aber zur Haushaltung nicht gebrauchte und nutzbare Thiere unterschieden werden. Im übrigen ist die natürliche Verschiedenheit der Mobilien ohne Einfluß auf ihr Rechtsverhältniß [38].

§ 111.

2. Verbrauchbarkeit.

Hinsichtlich der Dauer unterscheidet man verbrauchbare und abnützbare Sachen. Verbrauchbar sind diejenigen Sachen, deren Gebrauch

---

gesetz Art. 88. Dagegen sind Ewiggeld- und Hypothekkapitalien nicht als selbstständige Hypothekenobjekte anzusehen Gönner, Comm. I. 118, Lehner H.R. § 19.

[35] l. 93. D. 50. 16. Moventium item mobilium appellatione item significamus, si tamen apparet, defunctum animalia duntaxat, quia se ipsa moverent, moventia vocasse, quod verum est. Pr. L.R. I. 2. 17. Unter Moventien werden nutzbare lebendige Geschöpfe verstanden.

[36] l. 5. § 5. D. 41. 1. Pavonum et columbarum fera natura est, nec ad rem pertinet, quod ex consuetudine avolare et revolare solent; nam et apes idem faciunt, quarum constat feram esse naturam. In his autem animalibus, quae consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eousque nostra esse intelligantur, donec revertendi animum habeant; quod si desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse, et fiant occupantium. Intelliguntur autem desiisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint. Gallinarum et anserum non est fera natura; palam est enim, alias esse feras gallinas et alios feros anseres. Kreittmayr Anm. z. L.R. II. 1. 7. Nr. 2 d. constatirt, nachdem er die gemeinrechtliche Unterscheidung zwischen wilden und zahmen sowie zahmgemachten Thieren aufgeführt, daß Pfauen Tauben und Bienen bei uns zu den zahmen Thieren gerechnet werden. Von den letzteren sagt er: maßen das landesherrschaftliche Regale juris venandi sich jure consuetudinario ohne spezialer Verordnung auf die Bienen sowenig als auf Mücken, Würmer, Schlangen, Schnecken, Maikäfer und andere dergleichen Insekten erstreckt. Vgl. über diese Unterscheidung Böcking Pandekten I. § 75, 5—7.

[37] Pr. L.R. I. 2. 17. I. 6. 70—75. I. 9. 107. 108. II. 16. 30—36. Förster, P. P.R. § 174, 8 f. Auch nach Preußischem Landrecht werden Tauben und Bienen nicht zu den wilden Thieren gerechnet. s. Förster, P. P.R. § 174, 11 und 12.

[38] Wächter, W. P.R. II. 221, 40.

nur mit Zerstörung ihrer Substanz möglich ist [1], daher ist Geld, das nur als Tauschmittel dient, nicht dazu zu rechnen [2]. Irrig ist die früher verbreitete Meinung [3], die auch in das bayrische [4] und preußische Landrecht [5] aufgenommen ist, daß die Verbrauchbarkeit identisch mit Vertretbarkeit sei, da es verbrauchbare Sachen gibt, die nicht vertretbar sind, und umgekehrt [6]. Alle übrigen Sachen gehören zu den abnützbaren [7]. Die Unterscheidung ist dadurch juristisch bedeutend, daß für die ersteren gewisse Rechtsgeschäfte ihrer Natur nach unzulässig sind [8].

§ 112.

3. Vertretbarkeit [1].

Sachen können individuell bestimmt sein (species), oder nur nach gewissen Gattungsmerkmalen von anderen unterschieden werden (genus),

---

[1] l. 3. § 6. D. 13. 6. quod usu consumitur. Bayr. L.R. II. 9. 10: welche sich ohne Angreif- oder Verzehrung der Substanz nicht wohl gebrauchen lassen. Pr. L.R. I. 2. 210. Sachen, welche ohne ihre Zerstörung oder gänzlichen Verlust den gewöhnlichen Nutzen nicht gewähren können, werden verbrauchbar genannt. Entwurf I. 164. Verbrauchbar sind jene beweglichen Sachen, welche ohne Vernichtung, Umwandlung oder wesentliche Veränderung ihrer Substanz oder ohne ihre Entäusserung nicht ihrer Bestimmung gemäß gebraucht oder verwendet werden können. vgl. Windscheid § 141. 1. Wächter, W. P.R. II. 219, 36. Unger, Ö. P.R. § 49. Goldschmidt, H.R. I. § 61, 35.

[2] Nur insoferne das für das Geld Angeschaffte diese Eigenschaft hat, wird auch das Geld als verbrauchbar anzusehen sein Windscheid § 186, 16. In der Regel wird jedoch ohne diese Unterscheidung Geld zu den verbrauchbaren Sachen gerechnet, indem man Verzehren und Verbrauchen identificirt, so Arndts § 52, 2, Wächter, W. P.R. II. 220, 38; s. dagegen Unger, Ö. P.R. § 49, der mit Recht hervorhebt, daß das Geld nicht an sich verbrauchbar sei, sondern nur durch seine Vertretbarkeit als verbrauchbar erscheine, was zunächst zur Confundirung beider Begriffe Veranlassung gegeben habe.

[3] Unger, Ö. P.R. § 50, 18.

[4] Bayr. L.R. II. 9. 10. Nr. 3. und Anm. d. und g.

[5] Pr. L.R. I. 2. 120.

[6] s. Goldschmidt, H.R. I. § 61, 35, der als Beispiel ein Kunstwerk von Conditorwaaren anführt. Wächter, W. P.R. II. 234. Windscheid § 142, 5.

[7] Entwurf I. 164. Abnützbare Sachen sind solche, welche durch fortgesetzten Gebrauch zu ihrer bestimmungsmäßigen Benützung nach und nach untauglich werden.

[8] Unger, Ö. P.R. § 49, 7.

[1] Kierulff, Theorie 313. Wächter, W. P.R. II. § 38. Windscheid § 142. Unger, Ö. P.R. § 50. Beseler, P.R. § 75. Goldschmidt, H.R. I. § 61.

und zwar so, daß die individuelle Bestimmung entweder die Wahl des einzelnen Stückes oder die Ausscheidung der Quantität nach Zahl Maaß oder Gewicht voraussetzt. Durch die Ausscheidung wird die generell bestimmte Sache zur Species. Hiemit fällt der Begriff der Vertretbarkeit insoferne zusammen, als diese für individuelle bestimmte Sachen an sich ausgeschlossen ist, und nur bei generell bestimmten, noch nicht ausgeschiedenen Sachen vorkommen kann. Beide Begriffe sind jedoch nicht identisch [2]. Die Vertretbarkeit äußert ihre Wirkung darin, daß die Individualität der Sache in der Regel nicht in Betracht kommt, jede derartige Sache also durch eine andere derselben Art ersetzt werden kann. Alle nach Maaß Zahl und Gewicht bestimmbaren Sachen sind von Natur vertretbar, weil schon bei der generellen Bestimmung die Identität jedes einzelnen Theils vorausgesetzt wird [3]. Natürlich vertretbare Sachen können nur ausdrücklich specifisch, natürlich individualisirte nur ausdrücklich generisch bestimmt sein [4]). Die Unterscheidung gehört nur dem Obligationenrecht an [5]).

§ 113.

4. Theilbarkeit [1].

Theilbar ist eine Sache, die in der Art zerlegt werden kann, daß jeder Theil sebstständig in der früheren Beschaffenheit und nur quantitativ verringert fortbesteht; untheilbar diejenige, die entweder nach ihrer Natur oder kraft besonderer Disposition nicht in physische Theile zerlegt werden kann [2]. Von Natur theilbar sind Grundflächen, weil

---

[2] Mit Recht hebt Goldschmidt H.R. I. §. 61, 28 hervor, daß die Gegensätze Vertretbarkeit und Nichtvertretbarkeit, generelle und individuelle Bestimmtheit, nicht zusammenfallen, da auch nicht vertretbare Sachen generell versprochen werden können und umgekehrt.

[3] Entwurf I. 165. Vertretbare Sachen sind jene, welche im Verkehr regelmäßig nur nach Zahl, Maaß oder Gewicht bestimmt werden, so daß es bei der Leistung einer solchen Sache im Zweifel nur auf deren Menge und Güte nicht auf die Besonderheit der Sache ankommt.

[4] Wächter, W. P.R. II. 230.

[5] Wächter, W. P.R. II. 232.

[1] Kierulff, Theorie 324. Wächter, W. P.R. II. § 43. Wächter, über Theilung und Theilbarkeit der Sachen und Rechte, A. f. C.Pr. XXVII. 155. Windscheid §. 140. Unger, Ö. P.R. § 51 und 67. Beseler, P.R. §. 75. Savigny, Obl.R. § 29.

[2] Bayr. L.R. III. 1. 14. Nr. 17. Es wird ... eine Sach ... für untheil-

bei diesen jede Einheit eine fingirte ist; Gebäude sind nur in Folge besonderer Veranstaltung theilbar [3]. Unter den Mobilien sind in der Regel nur diejenigen reell theilbar, bei denen nur der Stoff nicht die Form in Betracht kommt [4]; dagegen sind Mobilien, welche ein Naturganzes oder Kunstganzes bilden, untheilbar. Auch für natürlich theilbare Sachen kann durch besondere Disposition die Realtheilung ausgeschlossen sein, wie dieß z. B. bei Fideicommißgütern der Fall ist. Die Realtheilung setzt nicht unter allen Verhältnissen eine definitive Sonderung der einzelnen Theile voraus, sie kann auch in der Art vollzogen werden, daß die abgesonderten Theile in dem bisherigen Zusammenhang erhalten werden, communio pro diviso [5]. Bestritten ist, ob die Möglichkeit einer derartigen Theilung auch auf bewegliche Sachen sich erstrecke [6]. Mit der Ausschließung der Realtheilung ist nicht an sich die Unzuläßigkeit der juristischen oder intellektuellen Theilung gegeben. Man versteht darunter das Verhältniß, wobei einem einheitlichen Rechtsobjekt eine Mehrheit von Rechtssubjekten gegenübersteht [7]. Intellektuell theilbar sind die Sachen und die meisten dinglichen Rechte [8], nämlich der Nießbrauch, das Pfandrecht, das Lehen, das Platzrecht und die auf eine theilbare Leistung gerichteten Obligationen. Für manche Sachen und Rechte ist indessen auch die juristische Theilbarkeit ausgeschlossen. Dieß begründet für Sachen die Individualsuccession z. B. bei Fideicommissen und bäuerlichen Erbgütern. Unter den Rechten sind untheilbar der Usus und die Prädial-

---

bar geachtet ... naturaliter, wenn sie ohne merklicher Beschädigung oder Verminderung des Werthes nicht so getheilt werden mag, daß sämmtliche Stücke noch so viel als das ganze gelten. Pr. L.R. II. 1. 41. Eine Sache heißt untheilbar, wenn entweder Natur oder Gesetz der Absonderung ihrer Theile von einander entgegenstehen.

[3] Gemeinrechtlich wird nur eine solche Theilung für zuläßig gehalten, bei welcher jeder Theil ein selbstständiges Gebäude wird Savigny, Obl.R. § 29. c, Förster, P. P.R. § 158, 16. Die Möglichkeit einer Abtheilung ohne äußere Abgrenzung, also einer communio pro diviso, muß für Gebäude besonders hergebracht sein. s. Unger, Ö. P.R. § 51, 23 und unten § 120, 33 f. und 130, 10.

[4] Unger, Ö. P.R. § 51, 13.

[5] Vgl. unten § 120, 25 f

[6] Bejaht von Windscheid § 140, 3, verneint von Unger, Ö. P.R. § 51, 19.

[7] Vgl. unten § 120, 39 f.

[8] Ueber Theilbarkeit der Rechte vgl. Unger, Ö. P.R. § 67.

servituten, die auf eine untheilbare Leistung gerichteten Obligationen und das Erbrecht.

III. Rechtliche Unterscheidungen der Sachen.

§ 114.

1. Sachgesammtheiten [1].

Die Sachen sind entweder einzelne oder Sachgesammtheiten [2]. Die einzelnen Sachen können einfach oder zusammengesetzt sein. Die einfachen Sachen sind theils von Natur einheitlich gestaltete, theils Kunstganze, die zwar aus verschiedenen Bestandtheilen aber in der Art zusammengesetzt sind, daß die einzelnen Theile ihre selbstständige physische Existenz verlieren [3]. Zusammengesetzte Sachen sind solche, bei welchen die einzelnen Bestandtheile ihre physische Existenz nicht verlieren und zwar indem sie diese auch in der Verbindung fortführen [4] oder indem die Sonderexistenz der Theile während der Dauer der Verbindung ruht, aber mit Aufhebung derselben wieder auflebt [5]. Von diesen beiden Arten der zusammengesetzten Sachen sind die Sachgesammtheiten zu unterscheiden [6]. Ueber die Auffassung des Rechts-

---

[1] Warnkönig, Begriff der Universitates rerum A. f. C.Pr. XI. 169. Wächter, Erörterungen I. 1—35 und W. P.R. II. §. 39. Windscheid § 42 und 137. Unger, Ö. P.R. § 57. Randa, Besitz § 19. Förster, P. P.R. § 21. Beseler, P.R. § 77.

[2] l. 30. pr. D. 41. 3. Tria autem genera sunt corporum: unum quod continetur uno spiritu et Graece ἡνωμένον i. e. unitum vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον i. e. connexum vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, uti populus, legio grex. Vgl. darüber Göppert, über einheitliche zusammengesetzte und Gesammtsachen nach römischem Recht, Halle 1871.

[3] Unger, Ö. P.R. § 52, 6. Randa, Besitz 169.

[4] Unger, Ö. P.R. § 52, 10. Randa, Besitz 170, 4. Windscheid § 138, 4. z. B. ein Ruder als Bestandtheil eines Bootes.

[5] Unger, Ö. P.R. § 52, 12. Windscheid § 138, 5. z. B. ein Balken als Bestandtheil eines Hauses.

[6] Aeltere Schriftsteller nennen dem Sprachgebrauch der Quellen entsprechend auch die zusammengesetzten Sachen Universitates rerum und unterscheiden sie als Universitates rerum cohaerentium von den Universitates rerum distan-

verhältnisses der Sachgesammtheiten sind die Ansichten getheilt. Von den einen wird den Gesammtsachen natürliche Existenz zugeschrieben in der Art, daß sowohl die einzelnen Sachen als die Gesammtsache als Rechtsobjekt erscheinen [7], andere dagegen nehmen an, daß nach römischem Recht nur die einzelnen Stücke nicht die Gesammtheit als solche Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein könne [8]. Eine dritte Meinung endlich unterscheidet Eigenthum und dingliche Rechte einerseits und Besitz anderseits, und läßt erstere nicht aber letzteren auch an der Gesammtheit zu [9]. Die erstere Auffassung ist die des Preußischen Landrechts [10], und scheint auch bei Abfassung des Bayrischen Landrechts maaßgebend gewesen zu sein [11].

Sachgesammtheiten können aus einer Zusammenfassung von körperlichen Sachen [12] oder aus einer Verbindung von körperlichen und unkörperlichen Sachen [13] bestehen. Man bezeichnete früher die ersteren

---

tium z. B. Warnkönig A. f. C.Pr. IX. 174, 10, Buchholtz, Versuche 38, Puchta, Pandekten § 35.

[7] Dieser Ansicht sind: Warnkönig, A. f. C.P. XI. 179, Girtanner, J. f. Dogm. III. 97 f., Baron, Gesammtrechtsverhältnisse 30 f., Beseler, Pr.R. § 77, 7.

[8] Wächter, Erörterungen I. 17 u. W. P.R. II. § 39, 15. Unger, Ö. P.R. § 57, 44. Förster, P. P.R. § 21, 2.

[9] Arndts § 48. Windscheid § 137, 4. Randa, Besitz 181, 1.

[10] Pr. L.R. I. 2. 32 und 53. Mehrere besondere Sachen, die mit einem gemeinschaftlichen Namen bezeichnet zu werden pflegen, machen einen Inbegriff von Sachen aus, und werden zusammengenommen als ein einzelnes Ganzes betrachtet ... Wer in der Absicht einen Inbegriff von Sachen in Besitz zu nehmen einzelne Stücke desselben in seine Gewalt nimmt, der hat dadurch den Besitz des Ganzen ergriffen.

[11] Kreittmayr Anm. c. zu L.R. II. 5. 6. »In corpore disjunctivo, welches nemlich in mehr abgesonderten Theilen besteht, z. E. bei einem Herd Vieh pflegt man zu unterscheiden ob das ganze Corpus beisammen und gegenwärtig oder aber zerstreuet und zum Theil abwesend sei. Erstenfalls wird totum corpus mittelst eines einzelnen Stücks ergriffen, wenn nur die Absicht auf das Ganze hierunter gerichtet ist." Auf diesem Standpunkt steht auch Entwurf I. 155: Eine Mehrheit körperlich getrennter Sachen, welche ihrer Entstehung oder Bestimmung nach ein zusammengehöriges Ganzes bilden (Gesammtsache, Sachengesammtheit) kann vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmungen in ihrer Einheit oder Gesammtheit Gegenstand von Rechtsverhältnissen sein.

[12] l. 30 pr. D. 41. 3 oben Note 2. Pr. L.R. I. 2. 32 oben Note 10.

[13] l. 20. § 10 D. 5. 3. Non solum autem in haereditate utimur Senatusconsulto sed et in peculio castrensi vel alia universitate. Pr. L.R.

als universitates facti oder hominis, die letzteren als universitates juris [14]. Diese nicht quellenmäßige Unterscheidung war durch die Meinung veranlaßt, daß das Rechtsverhältniß der beiden Arten vielfach verschieden sei, namentlich bei den universitates juris nicht aber bei den universitates facti der Rechtssatz: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei Anwendung finde [15]. Indessen ist jetzt allgemein anerkannt, daß diese Rechtsregel nicht als allgemeiner Rechtssatz für alle universitates juris sondern nur für einzelne auf Grund besonderer gesetzlicher Bestimmungen oder vertragsmäßiger Festsetzung gelte [16], und es ist damit die Veranlassung zu der durchgehenden Unterscheidung beider Arten hinweggefallen. Als Sachgesammtheiten treten im älteren deutschen Recht als besonders bedeutend hervor die Gerade und das Heergeräthe [17]. Noch jetzt werden als besondere Sachgesammtheiten gesetzlich unterschieden nach Bayrischem Landrecht End' Gebänd und Kleider [18] und nach Ulmer Stadtrecht Kleider, Kleinod, Gestäuch, Gewand und Gebänd [19] der Ehefrau.

I. 2. 33. „Auch der Inbegriff aller einzelnen Sachen und Rechte, die einem Menschen zugehören, kann als ein einzelnes Ganzes angesehen werden." Förster, P. P.R. § 21, 3.

[14] s. Wächter, Erörterungen I. 2.

[15] Die Veranlassung zur Aufstellung dieser Regel beruhte auf dem Ausspruch l. 22. D. 5. 3. quia potest existimari in locum rei hereditariae venditae pretium ejus successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.

[16] s. Mühlenbruch, Archiv XVII. 12. Wächter, Erörterungen I. 2 f. Unger, Ö. P.R. § 57, 1. Förster, P. P.R. § 21, 4. Es findet dieß namentlich Anwendung bei der Errungenschaftsgemeinschaft oben § 58, 33.

[17] Gengler, Pr.R. S. 148. Die Gerade war bekanntlich ein Institut des sächsischen Rechts, und hat in den süddeutschen Rechten nur vereinzelte Analogieen. Ueberbleibsel derselben sowie des Heergeräthes finden sich noch in mehreren unserer Statuten, so Stadt Kempten, St. IV. 7, Fürstenthum Kempten, L.O. 88, Nürnberg, Reform. XXXIV. 2, Dinkelsbühl, St. V. 4, Ulm, St. I. 5. 1, Hohenlohe, L.R. V. 2. 3. In Bamberg wurde die Unterscheidung durch Landrecht S. 89 abgeschafft.

[18] Bayr. L.R. I. 6. 21. Nr. 3 Anmerkungen Nr. 4 sagt Kreittmayr: Unter obgedachtem End und Gebänd aber ist hier zu Lande soviel als die kleine Montur an Schuh, Pantoffeln, Strümpfen, Bändern, Hauben, Handschuhen, Manschetten, Baladins, Garnituren und dergleichen Gezeug verstanden.

[19] Ulm, St. I. 5. 1.

§ 115.

2. Haupt- und Nebensachen.

Die Unterscheidung der Sachen in Haupt- und Nebensachen gründet sich auf die Beziehungen, in welchen Sachen zu einander stehen können. Nebensache ist diejenige Sache, welche, obwohl sie an sich selbstständig bestehen kann, doch nur in ihrer Verbindung mit der Hauptsache in Betracht kommt, indem sie entweder durch die Verbindung ein Theil derselben wird (Zuwachs), oder für gewisse Rechtsverhältnisse wie ein Theil der Hauptsache behandelt wird (Zubehörung).

I. Der Zuwachs [1]. Der Zuwachs einer Sache begreift alles, was als natürliches Erzeugniß aus derselben entsteht, oder was von außenher mit der Sache in eine solche Verbindung tritt, daß es als Bestandtheil derselben anzusehen ist [2]. Als Zuwachs erscheinen daher alle organischen Erzeugnisse einer Sache, wie Bäume und Pflanzen, dann die durch natürliche Ereignisse wie Alluvion oder mechanische Thätigkeit, wie Bauten, vollzogenen Verbindungen [3]. Der Zuwachs nimmt die Natur der Hauptsache an, und das für diese geltende Rechtsverhältniß ist für den Zuwachs entscheidend [4]. Hat der Zuwachs die Bestimmung als regelmäßige Nutzung der Sache zu dienen, so wird er als Frucht [5] bezeichnet. Im weiteren Sinn werden darunter alle Einkünfte aus der Sache verstanden, und man unterscheidet daher Natural- und Civilfrüchte, indem man zu den letzteren den Ertrag rechnet, welchen die Sache durch Vermittlung eines darauf bezüglichen

---

[1] Wächter in Weiske R.L. I. 5 und W. P.R. II. § 40. Unger, Ö. P.R. I. § 54. Beseler, P.R. § 78.

[2] Bayr. L.R. II. 3. 9. Accessio wird genannt, wenn eine Sache ihrer Prävalenz und Ueberlegenheit nach die andere mit ihr vereinigte geringere Sach an und folglich das Eigenthum derselben nach sich ziehet, welches theils durch die Natur selbst, theils durch menschlichen Fleiß ... zu geschehen pfleget. Pr. L.R. I. 9. 222. Vermehrungen und Verbesserungen einer Sache, die, sei es durch Natur oder Kunst, von außenher bewirkt werden, heißen An- und Zuwüchse.

[3] Unger, Ö. P.R. § 54, 4.

[4] l. 19. § 13 D. 34. 2 ut accessio cedat principali.

[5] Vgl. Wächter, W. P.R. II. § 42 und Erörterungen I. 55. Windscheid § 144. Unger, Ö. P.R. I. § 56. Beseler, P.R. § 78. Heimbach, die Lehre von der Frucht, Leipzig 1843. Janke, das Fruchtrecht des redlichen Besitzers, Erlangen 1862.

Rechtsverhältnisses gewährt [6]. Die natürlichen Früchte sind entweder von selbst wachsende oder Industrialfrüchte [7]. Zu den natürlichen Früchten wird alles gerechnet, was als Erträgniß der wirthschaftlichen Benützung der Sache erscheint, auch wenn es nicht als Zuwachs zur Sache zu betrachten ist [8], nicht aber was nur durch Verminderung der Substanz als Ertrag sich ergibt wie der Windbruch [9] und die Nutzung, die nicht als organisches Erzeugniß der Sache erscheint, wie der Schatz [10]. Nach den Beziehungen der Frucht zur Hauptsache und ihrem ferneren Schicksal unterscheidet man stehende und getrennte Früchte je nachdem

[6] Windscheid § 144, 4, Bayr. L.R. II. 3. 20. Naturales werden genannt, welche die Natur der Sache selbst meistentheils ohne menschliches Zuthun gibt, civiles, welche mit Gelegenheit der Sach genossen werden, z. E. Stiften, Gilten, Zinsen ... industriales, welche durch menschlichen Fleiß hervorkommen. Entwurf I. 169. Bürgerliche (juristische) Früchte sind die Einkünfte, welche eine Sache vermöge eines in Beziehung auf dieselbe bestehenden Rechtsverhältnisses abwirft. Dahin gehören Zinsen, Pacht- und Miethgelder, Grundzinsen und dergleichen.

[7] l. 45 D. 22. 1. Fructus percipiendo uxor vel vir ex re donata suos facit, illos tamen quos suis operis acquisierit veluti serendo; nam si pomum decerpserit ... non fit ejus ... quia non ex facto ejus is fructus nascitur. Bayr. L.R. II. 3. 20. Nr. 1 oben Note 6. Pr. L.R. II. 1. 220. Nutzungen einer Sache, die nach dem Laufe der Natur mit oder ohne hinzukommende Bearbeitung aus ihr selbst entstehen, werden Früchte genannt.

[8] Die römischen Rechtsquellen bezeichnen den Ertrag der Bergwerke allgemein als fructus l. 7. § 14. D. 24, 3. Sed si cretifodinae argentifodinae vel auri vel cujus alterius materiae sint vel arenae utique in fructu habebuntur. Vgl. Windscheid § 144, 3 wo hervorgehoben ist, daß die Voraussetzung der Widererzeugung in l. 7. § 13. D. 24. 3 nur als ungenauer Ausdruck anzusehen ist und Wächter, W. P.R. II. § 42. 8; a. M. Unger, Ö. P.R. § 56. 10 und Förster, P. P.R. § 21. 25. Nach Preußischem Recht wird bei Bergwerken nicht die Ausbeute sondern nur die Verzinsung des Ertrags als Nützung angesehen. Förster, P. P.R. § 21. 27.

[9] l. 7. § 12. D. 24. 3. Sed et si (arbores) vi tempestatis ceciderunt, dici oportet pretium earum restituendum mulieri nec in fructum cedere. Heimbach, Frucht 19. Unger, Ö. P.R. § 56, 12. Förster, P. P.R. § 21, 27. Erk. 15/4 39. Bl. VII. 288 nimmt an, daß das Recht auf die Windbrüche stets mit dem Recht der ordentlichen Waldbenutzung verbunden sei, und weist daher den Ertrag den durch Sequestration in die Erträgnisse immittirten Gläubigern zu.

[10] l. 7. § 12. D. 24. 3 non magis quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur sed pars ejus dimidia restituetur quasi in alieno inventi. Heimbach, Frucht 19. Förster, P. P.R. § 21, 27. Wächter, W. P.R. II. § 42. 3.

sie mit der Hauptsache noch in Verbindung stehen oder davon bereits abgesondert sind [11]; bezogene und ziehbare Früchte jenachdem sie in Besitz genommen oder vernachläßigt sind [12]; vorhandene und verzehrte Früchte je nachdem sie noch in Natur vorhanden sind oder nicht [13]. Die natürlichen Früchte sind bis zu ihrer Trennung Bestandtheil der Hauptsache [14].

II. Die Zugehörung [15]. Zugehörung einer Sache ist die=

---

[11] l. 44. D. 7. 1 fructus pendentes pars fundi videntur l. 25. § 1 D. 22. 1 cum fructuarii quidem non fiant, antequam ab eo percipiantur, ad bonae fidei autem possessorem pertineant quoquo modo a solo separati fuerint. Bayr. L.R. II. 3. 20. Nr. 1. Pendentes, welche noch an den Bäumen hängen oder auf dem Felde stehen, separati, welche bereits geschnitten oder abgelöst seind. Pr. L.R. I. 20. 475. Die Früchte und Nutzungen der verpfändeten Sache haften dem Hypothekgläubiger insoferne, als sie sich zur Zeit der Executionsvollstreckung noch unabgesondert von der Substanz befinden.

[12] s. Wächter, zur Lehre von den Früchten einer Sache, Erörterungen I. 55—72. l. 33. pr. D. 6. 1. fructus non modo percepti sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt. Bayr. L.R. II. 3. 20. Nr. I. Percepti vel percipiendi, welche man wirklich eingebracht hat, oder respective durch gemeine Hauswirthschaft hätte einbringen können. Entwurf I. 168. Früchte sind bezogen, wenn sie der Inhaber der Hauptsache für sich von dieser getrennt oder nach ihrer sonstigen Trennung für sich in Besitz genommen hat. Unter der Bezeichnung vernachläßigte (ziehbare) Früchte ist der Entgang an Früchten zu verstehen, welche bei gehöriger Bewirthschaftung und Benützung der Sache aus dieser hätten gewonnen werden können, aber durch Unterlassung der zur Erzeugung oder Einsammlung der Früchte nöthigen Thätigkeit nicht bezogen sind. Ob und inwieweit Früchte vernachläßigt sind, ist vorbehaltlich besonderer gesetzlicher Bestimmung nach der Person desjenigen zu beurtheilen, welcher für sie Ersatz zu leisten hat. 169 die bürgerlichen Früchte hat bezogen, wer sie von dem Pflichtigen für sich eingehoben oder auf andere Weise in sein Vermögen gebracht hat. Sie sind vernachläßigt, wenn sie aus einer Sache hätten gezogen werden können, aber nicht gezogen wurden.

[13] l. 22. § 2. D. 13. 7 a praedone enim fructus vindicari extantes possunt et consumti condici. Bayr. L.R. I. 3. 20. Nr. 1. extantes, welche noch in natura et specie oder wenigstens dem Werth nach vorhanden sind, consumti, welche auf diese Art nicht mehr vorhanden, sondern verzehrt seind. Entwurf I. 168. Unter den verzehrten Früchten sind außer den verbrauchten auch die veräußerten zu verstehen.

[14] l. 44. D. 6. 1 oben Note 11. Entwurf I. 144. Bestandtheile der Grundstücke sind insbesondere die Erzeugnisse desselben, solange sie mit dem Boden zusammenhängen.

[15] Wächter, W. P.R. II. § 41. Windscheid § 143. Beseler, P.R. § 78. Unger, Ö. P.R. § 55. Förster, P. P.R. § 21.

jenige, welche, ohne Bestandtheil derselben zu sein, mit einer anderen Sache derart in ein äußeres Verhältniß gebracht ist, daß sich daraus die Absicht des Eigenthümers, sie dauernd zum Dienst der Hauptsache zu bestimmen, entnehmen läßt [16]. Sie unterscheiden sich von den Bestandtheilen einer Sache dadurch, daß sie für sich selbstständige Sachen sind, welche nur als in äußere Verbindung mit der Hauptsache gebracht erscheinen, deren Fortdauer für die Zugehörigkeit entscheidet [17] und mit deren Aufhebung die Selbstständigkeit der Nebensache von selbst gegeben ist [18]. Die Pertinenz ist juristisch dadurch von Bedeutung, daß in der Regel Verfügungen über die Hauptsache auch für die Nebensache gelten, namentlich Veräußerungen, Verpfändungen und letzwillige Verfügungen [19]. Die Einleitung der Verbindung ist regelmäßig in den Willen des Eigenthümers gestellt [20].

---

[16] Entwurf I. 149.

[17] Pr. L.R. I. 2. 42. „Eine Sache, welche zwar für sich selbst bestehen kann, die aber mit einer anderen Sache in eine fortwährende Verbindung gesetzt worden, wird ein Zubehör oder Pertinenzstück derselben genannt." Die Verwechslung der Bestandtheile und Pertinenzen, welche Wächter, Erörterungen 36 und W. P.R. II. §. 41, 8 rügt, ist auch bei uns gewöhnlich. So bezeichnet Lehner, Hypothekenrecht § 23 das Haus, die Stallungen, dann alle einzelne Grundstücke, welche im Complexualverband zu demselben stehen, als gesetzliche Pertinenzen eines Bauernhofes. Noch in unserer neuesten Prozeßgesetzgebung findet sich diese Richtung. Pr.O. Art. 1011. „Handelt es sich um eine Mehrheit von Gegenständen, welche in verschiedenen Bezirksgerichtssprengeln liegen aber im Pertinenzverhältniß zu einander stehen, so ist dasjenige Bezirksgericht, in dessen Sprengel der bedeutendere Theil derselben, falls es sich aber um ein mit Gebäuden versehenes Gut handelt, dasjenige Bezirksgericht, in welchem das Hauptgebäude sich befindet, für die Einweisung in das Ganze zuständig." Vgl. auch E.G. Art. 6. Daß hier unter Pertinenzen Bestandtheile zu verstehen seien, ist nach dem Wortlaut zweifellos. s. dagegen Windscheid § 143. 1. Unger, Ö. P.R. §. 55. 6 f.

[18] l. 7. § 1. D. 41. 4 partes quae emtioni fundi adjiciuntur, propriam ac separatam conditionem habent. Daher wird auch die bewegliche Pertinenz einer unbeweglichen Sache nicht unbeweglich. Wächter, W. P.R. II. § 41. S. 248. Unger, Ö. P.R. § 55, 11.

[19] Wächter, W. P.R. II. § 41, 2. Windscheid § 143, 2. Unger, Ö. P.R. § 55, 10. Pr. L.R. I. 2. 105. Pertinenzstücke nehmen, solange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil. Entwurf I. 152. Die Veräußerung der Hauptsache, sowie jede andere Verfügung über dieselbe begreift im Zweifel auch die Zugehörungen und zwar bei Rechtsgeschäften unter Lebenden nach dem Bestand derselben in dem Zeitpunkt der Verfügung.

[20] Unger, Ö. P.R. I. 449. Förster, P. P.R. § 21, 34.

Eine Ausnahme von diesem Rechtssatz statuirten ältere Schriftsteller für die s. g. gesetzlichen Pertinenzen, welche sie den willkürlichen gegenüberstellten [21], eine Unterscheidung, die in Bayern gesetzlich anerkannt ist [22]. Man versteht unter präsumtiven Pertinenzen solche, welche schon durch ihr Verhältniß zur Hauptsache ohne besondere Festsetzung in dem einzelnen Fall als Pertinenzen sich ergeben, während bei den willkürlichen immer eine besondere Festsetzung erforderlich ist [23]. Formell unterscheiden sich beide nach bayrischem Recht darin, daß nur die letzteren in das Hypothekenbuch eingetragen und nur unter dieser Voraussetzung von dem Pfandnexus ergriffen werden, während die ersteren der Eintragung nicht bedürfen [24]. Die Pertinenzeigenschaft hört auf, wenn die Zugehörung dauernd von der Hauptsache getrennt wird [25];

---

[21] s. gegen diese Unterscheidung Unger, Ö. P.R. § 55, 38 f.

[22] Hyp.-Gesetz 34. „Als Zugehörungen sind nicht nur die gesetzlichen beweglichen oder unbeweglichen Pertinenzien, sondern auch diejenigen Sachen zu betrachten, welche dafür durch Privatwillen ausdrücklich erklärt und als Zubehörungen in das Hypothekenbuch eingetragen worden." Familienfideicommißedikt § 8. „Außer den auf besonderen Dispositionen beruhenden Zugehörungen eines Fideicommißes sind kraft des Gesetzes als Zugehörungen desselben anzusehen: 1. bei Oekonomieen das Vieh und die s. g. Fahrniß. 2. bei Brauereien das Braugeschirr jeder Gattung. 3. bei anderen Industrialanstalten die h ezu gehörigen Maschinen und Werkzeuge aller Art." Ges. 16,3 55. Art. 2. „Als Zugehörungen eines Erbgutes sind nicht nur die gesetzlichen beweglichen oder unbeweglichen Pertinenzien, sondern auch diejenigen Sachen zu betrachten, welche durch ausdrückliche Willenserklärung des Erbgutstifters oder eines nachfolgenden Eigenthümers als Zugehörungen des Erbgutes erklärt und als solche in das Hypothekenbuch eingetragen werden." Auch in dem neuen Entwurf ist diese Unterscheidung beibehalten I. 149: „Diese Absicht wird bei solchen Sachen vermuthet, welche schon ihrer Beschaffenheit nach lediglich einer anderen Sache zu dienen geeignet oder zu diesem Dienst besonders eingerichtet sind" und III. 384 „solche bewegliche Sachen, welche, ohne natürliche Zubehörungen der Liegenschaft zu sein, durch den besonderen Willen des Eigenthümers in ein Zubehörungsverhältniß zu derselben gebracht sind."

[23] Wächter, W. P.R. II. § 41. 9. Unger, Ö. P.R. § 55, 35.

[24] vgl. unten Note 29, 35, 49.

[25] Unger, Ö. P.R. § 55, 90. Pr. L.R. I. 2. 105. 106. Pertinenzstücke nehmen, solange sie bei der Hauptsache sind, an allen Rechten derselben Theil. Sie verlieren diese Eigenschaft nicht, wenn sie gleich einer vorübergehenden Ursache wegen auf eine Zeit lang von der Hauptsache getrennt werden. Entwurf I. 154: Die Zugehörungseigenschaft einer Sache hört auf, wenn sie von der Hauptsache in der Absicht ihre Beziehung zu dieser für immer aufzuheben ge-

sie kann daher nur für Sachen desselben Eigenthümers begründet sein [26]. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

I. Pertinenzen von Immobilien. Solche können sein:

1. Immobilien. Auch nach römischen Recht können Immobilien zu anderen Immobilien in ein Zugehörungsverhältniß gebracht werden, wobei es auf den Nachweis der Absicht in dem einzelnen Fall ankommt [27]. Von größerer Bedeutung war die Bestimmung der Pertinenzqualität von Immobilien nach deutschem Recht, indem hier nicht nur die theilweise ausgebildete Geschlossenheit der Güter sondern auch die Verbindung allodialer Pertinenzen mit Hauptgütern, an denen dem Berechtigten nur ein dingliches Nutzungsrecht zustand, für die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers und die Ausscheidung der verschiedenen Vermögensmassen von Bedeutung sein konnte [28]. Nach Bayrischem Recht müssen willkürliche Immobilarpertinenzen immer [29]

---

trennt wird. Die nur zu einem vorübergehenden Zweck erfolgte Aufhebung hat auf die Zugehörungseigenschaft keinen Einfluß.

[26] Pr. L.R. I. 2. 108. Was sonst seiner Natur nach ein Pertinenzstück ist, hat diese Eigenschaft nicht, sobald es einem andern als dem Eigenthümer der Hauptsache gehört, Förster, P. P.R. § 21, 37. a. M. Unger, Ö. P.R. § 55, 17 f., der aber nicht berücksichtigt, daß der präsumirte oder ausgesprochene Wille nicht auf die Verbindung einer fremden mit der eigenen Sache gerichtet werden darf. Durch die Verbindung werden weder bestehende Rechte dritter an einer der verbundenen Sachen alterirt, noch ist es dadurch ausgeschlossen, daß ein dritter Rechte an einer der verbundenen Sachen erwirbt. In beiden Fällen wird jedoch die Geltendmachung derselben eine Auflösung der Verbindung bewirken.

[27] l. 91. § 5. D. 32. Qui domum possidebat hortum vicinum aedibus comparavit ac postea domum legavit; si hortum domus causa comparavit ut amoeniorem domum et salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur. vgl. auch l. 24. § 3. D. 30. l. 20. § 7. D. 33. 7. Wächter, W. P.R. II. § 41. 13–17. Unger, Ö. P.R. § 55, 58 und 71—73.

[28] Hieher gehört namentlich die Lehre von den Lehenspertinenzen, über welche Mayr, Lehenrecht § 47 zu vergleichen. Noch das Lehenedikt 7/7 1808 § 177 sagt: „Allodial sind: b. dasjenige, was das bürgerliche Gesetzbuch unter beweglichen Gründen begreift." Auch bei bäuerlichen Nutzungsrechten tritt dieß hervor, und sie werden Bayr. L.R. IV. 7. 27 unter der Bezeichnung Zubaugüter zusammengefaßt. Ueber die Pertinenzen der Bauerngüter vgl. Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 158—160.

[29] Hyp.-Ges. § 22. „In das Hypothekenbuch müssen unter den im § 25 und 26 bestimmten Rechtsfolgen eingetragen werden: 3. von den Zugehörungen der Sache diejenigen, welche weder Bestandtheile eines Gutscomplexes noch ge-

gesetzliche dann als solche im Hypothekenbuch bezeichnet werden, wenn sie in einem andern Gerichtsbezirk liegen [30], oder wenn sich die Parteien darüber vereinigen, daß sie als gesonderte Hypothekenobjekte dienen sollen [31]. Als gesetzliche Immobiliarpertinenzen sind jetzt, wo die Theilbarkeit des Grundvermögens die Regel bildet [32], und der gutsherrliche Verband aufgehoben ist, in Bayern außer den Pertinenzen von Lehen, Familienfideicommissen und bäuerlichen Erbgütern [33] nur diejenigen Stücke anzusehen, bei welchen nach den gemeinrechtlichen Grundsätzen die Pertinenzeigenschaft anzunehmen ist [34].

---

setzliche Pertinentien sind, sondern diese Eigenschaft durch besondere Willenserklärung erhalten haben." Unbegründet ist die von Lehner in Zu Rhein, Beiträge II. 268 f. und H. R. § 23 aufgestellte Ansicht, daß nach dem Hypothekengesetz Immobiliarpertinenzen mit einem Hauptgut nur dann durch Disposition vereinigt werden können, wenn sie derselben Jurisdiction unterworfen sind. s. dagegen Jungermann, Hdb. S. 257. Nr. 10 und Graf, Comment. III. 71.

[30] Hyp.-G. § 121. Liegt das zu einem Gut gehörige Pertinenzstück unter einer anderen Gerichtsbarkeit, so ist es zwar in das Hypothekenbuch dieses Gerichts unter einem eignen Namen und Folium einzutragen, dabei jedoch dessen Pertinenzeigenschaft zu bemerken, wegen welcher darauf bei diesem Gericht keine Hypotheken eingetragen werden können.

[31] Hyp.-G. § 120. „Wenn sich aber die Parteien darüber vereinigen nur auf einzelne Bestandtheile eines Gutscomplexes oder Zugehörungen eines Gutes eine Hypothek eintragen zu lassen, so erhalten diese Gegenstände eine eigene Nummer und ein eigenes Folium im Hypothekenbuch." Allgemein schreibt die besondere Aufführung im Grundbuch vor Entwurf I. 153: Liegenschaften können vorbehaltlich der Bestimmung Art. 150, 1 im Zweifel nur dann als Zugehörungen einer anderen Liegenschaft in Anspruch genommen werden, wenn sie im Grundbuch als solche bei der Hauptsache eingetragen sind.

[32] Nach Bayrischem Recht bilden die bei Gemeinheitstheilungen den einzelnen Berechtigten zugewiesenen Theile nicht eine gesetzliche Pertinenz des Hauptgutes Erk. 30/6 32. Bl. II. 369; 24/12 42. Bl. VIII. 368. Dieß ist auch in der neueren Gesetzgebung anerkannt, indem Gem.-O. Art. 33 nur die auf den Gemeindeverband sich gründenden Rechte auf Gemeindenutzungen, die auf einem Haus oder Grundstück ruhen, als untrennbare Pertinenzen desselben erklärt, demnach die auf einem Privatrechtstitel beruhenden Ansprüche ausnimmt. Pözl, Vf.R. § 108, 8. Das preußische Recht, das aber in diesem Punkt bei uns keine Anwendung findet, bestimmt für alle Stücke aus Gemeinheitstheilungen die Pertinenzqualität, Förster, P. P.R. § 21, 39.

[33] Immobiliarpertinenzen bleiben bei dem Lehen und werden, soweit sie allodial sind, nur dem Werth nach den Allodialerben vergütet, Mayr, Lehenrecht § 142, 7. Analog ist dieß auf Pertinenzen von Fideicommissen und bäuerlichen Erbgütern auszudehnen.

[34] vgl. oben Note 27. Als Beispiel einer gesetzlichen Immobiliarpertinenz

2. Bewegliche Sachen. Auch für diese gilt der Grundsatz, daß die Pertinenzeigenschaft in das Hypothekenbuch nur insoferne einzutragen ist, als sie auf besonderer Disposition beruht [35]. Als bewegliche gesetzliche Pertinenzen eines Immobiles sind gemeinrechtlich die s. g. präsumtiven Pertinenzen d. h. diejenigen Sachen anzusehen, welche zu einem Immobile in ein derartiges Verhältniß gebracht sind [36], daß sich schon daraus die Bestimmung dem Interesse der Hauptsache ausschließlich zu dienen entnehmen läßt [37], dagegen nicht solche Gegen-

führt Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 2. 14. Nr. 3 an: Alle Nebengebäu an Kellern, Schupfen, Scheuren, Stallungen, Hofraithen... Item den Hausgarten, soweit er entweder schon von Alters beim Hause gewesen oder der Commodität oder anderer Ursachen wegen in Ansehen des Hauses neuerlich beigeschafft worden oder so situirt ist, daß man andergestalt nicht als durch das Haus beikommen kann. Ebenso sagt Entwurf I. 150: Zugehörungen eines Hauses sind dessen Hofraum, die darin stehenden Stallungen, Scheunen und andere Nebengebäude, desgleichen die Brunnen und Hausgärten.

[35] Hyp.-G. § 22. Nr. 3 oben Note 29. Gönner, Comment. I. 357.

[36] Nicht entscheidend ist die mechanische Befestigung. Von manchen wird die Regel aufgestellt, alles sei Pertinenz was erd-, wand-, band-, niet- und nagelfest sei, Beseler, P.R. § 78, 7. S. dagegen Wächter, W. P.R. II. § 41, 28 f., der mit Recht darauf hinweist, daß eine derartige Befestigung häufig die Sache zum Bestandtheil mache, in anderen Fällen aber nicht einmal für die Pertinenzqualität beweise, wie z. B. bei Teppichen. Auch Gönner, Comm. I. 357 erklärt sich dagegen. Entwurf I. 145 zählt solche Sachen theilweise unter den Bestandtheilen auf.

[37] l. 17. § 7. D. 19. 1. Labeo generaliter scribit ea quae perpetui usus causa in aedificiis sunt aedificii esse; quae vero ad praesens non esse aedificii. Gemeinrechtlich werden als präsumtive Pertinenzen angeführt: Düngervorräthe und Weinpfähle bei Landgrundstücken l. 17. § 2 und 11. D. 19. 1; die Schlüssel Vorfenster und Brunneneimer bei Gebäuden l. 17 pr. und § 8. D. 19. 1. Wächter, W. P.R. II. § 41, 16—20. Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 2. 14. Nr. 3a. rechnet dazu auch noch die Hausbriefe, was sich auch in einzelnen Statuten findet, vgl. Beseler, P.R. § 78, 7, s. dagegen Unger, Ö. P.R. § 55, 70; ferner Anm. zu L.R. II. 2. 14. Nr. 4 c. die Kanonen und anderes Geschütz bei Festungen, das s. g. eiserne Vieh bei Bauerngütern, die zu immerwährenden Fortpflanzung dienenden Schlagfische in Teichen und Weihern. Nürnberg, Ref. XVI. 6: So jemand ain Behausung Hofraith oder ander Gut durch Kauf, Uebergab, letzte Willen oder sonst durch einen rechtmäßigen Titel oder Ankunft an sich pringt, so sollen Prunnenketten, Prunnensayl und Aymer, auch die Läger in Kellern sammpt den eingemauerten oder eingezimmerten Beheltern und was Niet und Nagel begreift für ain Zugehörung des erkauften Guts gehalten werden es were denn in Kaufen und andere Contrakten ain anderes bedingt und ausgenommen. Entwurf I. 150: Ebenso die für das

stände, welche lediglich dem Bedürfniß des jeweiligen Besitzers dienen [38], oder welche nur zur Erhaltung der Sache, zur Gewinnung der Früchte oder zum Gewerbbetrieb angeschafft sind [39]. Nach Preußischem Landrecht gehören zu einem Immobile als Pertinenzen die auf dasselbe bezüglichen Urkunden [40], zu einem Gebäude was eingegraben eingegossen eingemauert oder durch Zimmerarbeit damit verbunden ist [41], die dafür bestimmten und schon auf dem Bauplatz befindlichen Materialien [42], zu einem Wohnhaus alles, ohne welches dasselbe weder be-

---

Haus besonders eingerichteten Vorfenster und Vorthüren, die Schlüssel zu den Thürschlössern, die Faßlager, Lagerfässer und Keltern, Feuerlöschgeräthe und dergleichen.

[38] In den Quellen wird dieß als fundus instructus bezeichnet l. 12. §. 28. D. 33. 7. Proinde si fundus sit instructus legatus et suppellex continebitur quae illic usus fuit ipsius gratia. Es gehören dahin Lebensmittel, Kleider, Geld und Hausrath l. 12. § 27—40. D. 33. 7, l. 14. D. 33. 10; dann Thiere in Ställen l. 15. 16. D. 19. 1, bloße Verzierungen l. 12. § 16. D. 33. 7. Entwurf I. 151. Sachen, welche der Eigenthümer zu Zwecken seines persönlichen Gebrauchs oder seines Gewerbs- oder Kunstbetriebs im Hause hat, namentlich das zum häuslichen Gebrauch des Eigenthümers und seiner Angehörigen bestimmte Geräthe, desgleichen die nur zu vorübergehenden Zwecken in oder an dem Hause angebrachten Zierrathen sind keine Zugehörungen des Hauses, selbst wenn sie in demselben befestigt sind.

[39] Die Quellen bezeichnen dieß als instrumentum fundi l. 12. § 16. D. 33. 7. Si domus sit instrumentum legatum videndum quid contineatur. Et Pegasus ait instrumentum domus id esse, quod tempestatis arcendae aut incendii causa paratur. l. 8. pr. D. 33, 7. In instrumento fundi ea esse, quae fructus quaerendi cogendi conservandi gratia parata sunt. l. 17. pr. D. 33. 7. Item pictoris instrumento legato cerae colores similiaque horum legato cedunt. Es gehören dahin die zur Reinigung Schutz und Erhaltung der Hauptsache angeschafften Utensilien, Wächter, W. P.R. II. § 41, 22; das Gutsinventar, Wächter, W. P.R. II. § 41. 23 und die nur für die Beschäftigung oder das Gewerbe des Eigenthümers bestimmten Gegenstände, instrumentum negotii, Wächter, W. P.R. II. § 41, 24. Auch Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 2. 14. Nr. 4 c. schließt hier die Pertinenzeigenschaft aus: „und nicht weniger bei Schiff und Geschirr dann all anderer tod und lebendiger Baumannsfahrnuß auf Land- und Bauerngüter, item bei Kauf- und Handelswaaren in Boutiquen.“ Das gleiche bestimmt Entwurf Art. I. 151.

[40] Pr. L.R. I. 2. 62.

[41] Pr. L.R. I. 2. 80—86.

[42] Pr. L.R. I. 2. 88. Nach römischen Recht wird die ruta caesa, wie sie in den Quellen genannt wird, nicht Pertinenz, Kierulff, Theorie 332, Note, und Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 2. 14. Nr. 4 d.

zogen noch vollständig bewohnt werden kann [43], zu einem Grundstück die zur Gewinnung der Früchte [44], zu einem Gebäude die zum Gewerbbetrieb bestimmten Utensilien [45]. Allgemein sind nach Bayrischem Recht für Familienfideicommisse als gesetzliche Pertinenzen bei Oekonomieen das Vieh und die sogenannte Fahrniß, und wenn das Fideicommiß aus einem Gutscomplex besteht der nöthige Samen und das bis zur nächsten Ernte hinreichende Speisegetreide, bei Brauereien das Braugeschirr jeder Gattung und wenn das Fideicommiß aus einem Gutscomplex besteht ein nach dem zur Zeit der Fideicommißfolge sich bezeigenden Betrieb des Braugeschäfts nothwendiger halbjähriger Vorrath, bei anderen Industrialanstalten die hiezu gehörigen Maschinen und Werkzeuge aller Art erklärt [46]. Bestimmung von Mobilien als Pertinenzen von Immobilien durch Disposition ist, insoferne die Pertinenzen dem Hypothekenverband unterworfen werden sollen, nur dann zuläßig, wenn sie mit der Hauptsache in einer wesentlichen Verbindung stehen [47].

3. Realrechte [48]. Nach Bayrischem Recht können sie, insoferne

---

[43] Pr. L.R. I. 2. 76.

[44] So das Gutsinventar P. L.R. I. 2. 48—61; Geräthschaften eines Waldes I. 2. 64—66, eines Weinbergs I. 2. 70, eines Gartens I. 2. 73. 74. vgl. Förster, P. P.R. § 21, 39.

[45] Pr. L.R. I. 2. 79. „Dagegen sind Geräthschaften, welche nach der Bestimmung eines Gebäudes zum Betrieb eines gewissen Gewerbes gewidmet sind, für ein Zubehör des Gebäudes anzusehen.“ Näher bestimmt ist dieß für die Einrichtung eines Gasthofs, einer Mühle, einer Fabrik, einer Apotheke, eines Kramladens. Pr. L.R. I. 2. 90. 92—95.

[46] Fid.-Ed. § 8, 9.

[47] Hyp.-G. § 34. Jedoch ist dieses bei beweglichen Sachen nur alsdann gestattet, wenn sie mit der hypothecirten unbeweglichen Sache oder dem gesetzlich bestehenden Realrecht in einer wesentlichen Verbindung wie bei landwirthschaftlichen Gütern die lebendige und todte Baumannsfahrniß, bei Bräuhäusern Schiff und Geschirr, bei anderen Realgerechtigkeiten die dazu dienenden Maschinen und Werkzeuge stehen.

[48] Beseler, P.R. § 78, 17. Wächter, W. P.R. II. § 41, 43 und Unger, Ö. P.R. § 55 stellen in Abrede, daß Realrechte als Pertinenzen von Immobilien bestimmt werden können. Allein der von ihnen angeführte Grund, daß es sich hier nicht um eine Pertinenz sondern um eine juristische Eigenschaft der Sache handelt, ist in keiner Weise entscheidend. Der häufig vorkommende Fall der Verbindung eines Holzrechts d. h. des Anspruchs auf Holzlieferung mit einem Grundstück wird sich nicht unter diesen Gesichtspunkt stellen laßen. Nach Bayrischem Recht ist die Zulässigkeit der Verbindung als Pertinenz keinem Zweifel

sie eine selbstständige Existenz haben, durch besondere Bestimmung zu Pertinenzen von Immobilien erklärt werden und bedürfen der besonderen Eintragung im Hypothekenbuche [49].

II. Pertinenzen von Mobilien. Auch bewegliche Sachen können bewegliche Pertinenzen haben [50], und zwar sowohl gesetzliche [51] als auf Disposition beruhende.

§ 116.

3. Dem Verkehr entzogene Sachen [1].

Sachen können dem Verkehr entzogen sein, entweder, weil nach ihrer Beschaffenheit eine Einzelberechtigung daran nicht denkbar ist, oder weil die Gesetze eine solche ausschließen, solange eine ihnen beigelegte besondere Eigenschaft dauert. Die ersteren sind verkehrsunfähige, die letzteren vom Verkehr ausgeschlossene Sachen.

1. Verkehrsunfähige Sachen. Zu diesen gehören, wie nach römischen Recht [2], das Meer, die Luft und die fließende Wasserwelle [3],

---

unterworfen, und es gilt dieß namentlich von radicirten Gewerben, Erk. 30/10 46. Bl. XII. *43, dann Zehntrechten und Dominikalien als Pertinenz einer Hofmark Erk. 26/11 44. Bl. XI. 282, Nutzungsrechte an unvertheilten Gemeindegründen, Graf, Comm. III. 71. Auch die Preußische Praxis erkennt dieß an. Förster, P. P.R. § 21, 39.

[49] Lehner, H.R. § 22, a. Gönner Comm. I. 120.

[50] Wächter, W. P.R. II. § 41, 38. Windscheid § 143, 7. Beseler, Pr.R. § 78, 19. Unger, Ö. P.R. § 55, 86.

[51] Pr. L.R. I. 2. 91. 96. 101 und 102 erklärt als Pertinenzen: das Schiffsinventar, die Schränke einer Bibliothek, die zur Bewahrung nöthigen Geräthschaften bei Thieren, das Futteral eines Schmuckes.

[1] Wächter, W. P.R. II. § 44. Windscheid § 146. Unger, Ö. P.R. § 46. Wappäus, zur Lehre von den dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen, Göttingen 1867.

[2] § 2. J. 2. 1. Et quidem naturali jure communia sunt omnium aer aqua profluens et mare et per hoc litora maris.

[3] Bayr. L.R. II. 1. 5. Unter die res communes et jure gentium publicas deren Gebrauch zwar jederman das Eigenthum aber niemand zuständig ist, wird insgemein nicht nur das Meer sammt dem Gestatt dann die uneingeschränkte freie Luft und vorbeifließende Gewässer ... gerechnet. Wassergesetz 28/5 52. Art. 9. „Der Gebrauch des Wassers aus öffentlichen Gewässern durch Schöpfen, Baden, Waschen und Tränken ist vorbehaltlich der Polizeivorschriften jedem unverwehrt Art. 53. Der Gebrauch des Wassers der Privatflüsse und Bäche zum Baden, Waschen, Schöpfen mit Handgefässen und Tränken soweit

nicht aber die Gewässer als ganzes [4]. An verkehrsunfähigen Sachen kann eine Einzelberechtigung überhaupt nicht vorkommen [5].

II. Zu den vom Verkehr ausgeschlossenen Sachen sind diejenigen zu rechnen, welche, solange die besondere Zweckbestimmung dauert, nicht Gegenstand des privatrechtlichen Verkehrs sein und daher weder freiwillig noch zwangsweise veräußert werden dürfen und nicht zur Begründung dinglicher Rechte dienen können. Es sind hieher zu rechnen:

1. Die res divini juris, nämlich die res sacrae und religiosae [6]. Diese waren schon nach römischen Recht nicht verkehrsunfähig, da sie unter gewissen Voraussetzungen veräußert werden durften [7]; allein solange ihre Bestimmung für den kirchlichen Gebrauch währte, konnten Privatrechte daran weder begründet noch geltend gemacht werden. Dieß ist auch für das jetzige Recht noch bestimmende Regel. Zwar wird vielfältig angenommen, daß sie Eigenthum der kirchlichen Corporationen

---

dieselbe ohne rechtswidrige Betretung des Privateigenthums geschehen kann, ist einem jeden gestattet." Auch die Motive zu Entwurf I. 166. S. 6 rechnen Luft und vorbeifließendes Wasser zu den verkehrsunfähigen Sachen.

[4] Windscheid § 146, 6. Eine ausführliche Darstellung des bayrischen Wasserrechtes wird am Ende dieses Buches gegeben werden.

[5] Entwurf I. 166. „Außer Verkehr sind: Sachen, an welchen ihrer Natur nach ein ausschließlicher Besitz nicht stattfindet."

[6] § 7. 8. J. (2. 1). Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae, quod enim divini juris est id nullius in bonis est. Sacrae res sunt, quae rite per pontifices deo consecrantur, veluti aedes sacrae et religiosae et sanctae. Bayr. L.R. II. 1. 2. Geweiht und zum Gottesdienst unmittelbar gewidmete Sachen, z. E. Kirchen, Altär, Kelch, Monstranzen und ander dergleichen Gottesgeräth werden res sacrae genannt, was aber nur mittelbar dahin gewidmet ... das heißt res ecclesiastica. In beeden soll man sich zwar nach geistlichen Rechten jedoch allerwegen denen Concordatis oder dem Herkommen gemäß richten. 4. Begräbnussen werden zwar nach römischen Recht pro rebus religiosis geachtet, heutzutag gehören sie aber mehr ad res sacras. Pr. L.R. II. 11. 173. Kirchengebäude, soweit sie zur Feier des Gottesdienstes und zu gottesdienstlichen Handlungen bestimmt sind, dürfen ohne Einwilligung der Gemeine zu andern Zwecken nicht gebraucht werden. 179. Kirchengefäße und andere zum unmittelbaren Gebrauch gewidmete Sachen haben mit den Kirchengebäuden der Regel nach gleiche Rechte. 180. Solche Geräthschaften können in der Regel nur wegen einer dringenden Nothwendigkeit unter Genehmigung des Staats und der geistlichen Obern veräußert werden.

[7] § 8. J. 2. 1 sacrae res quae etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis captivorum.

seien, und selbst im Eigenthum von Privatleuten stehen könnten [8]; allein die Ausübung des Eigenthums ist, solange diese ihre Bestimmung währt, den Bestimmungen des Kirchenrechts unterworfen, welche jede andere Verwendung als zu kirchlichen Zwecken ausschließen [9]. Sie sind daher nicht nur freiwilliger Veräußerung entzogen, sondern auch nicht Executionsgegenstand [10], und ebensowenig können dingliche Rechte daran begründet werden.

2. Oeffentliche Sachen. Zu diesen gehören nach unserem Recht öffentliche Flüsse, Wege, Häfen, Straßen, Plätze, Märkte und Brunnen [11]. Gemeinrechtlich ist das Rechtsverhältniß in welchem diese Sachen stehen, bestritten, indem der älteren Ansicht, wonach sie als im Eigenthum des Staats und der Gemeinden stehend anzusehen sind [12], in neuerer Zeit die Meinung entgegensteht, daß daran nur ein Staatshoheitsrecht begründet sei [13]. Diese Streitfrage, für welche ohnehin die römischen Rechtsquellen nicht ausschließlich entscheiden [14], ist für

---

[8] Wächter, W. P.R. II. 283. Kreittmayr, Anm. Nr. 2 e. zu L.R. II. 1. 2: „Wir stimmen also der letzteren Meinung allerdings bei, daß jede Kirche selbst, soweit sie personam mysticam vorstellet, die wahre Eigenthümerin von ihren rebus sacris sei — und sind nicht einmal a dominio privato et singulorum gänzlich ausgeschlossen." Pr. L.R. II. 11. 170. Kirchen und andere dahin gehörige Gebäude sind ausschließend das Eigenthum der Kirchengesellschaft, zu deren Gebrauch sie bestimmt sind.

[9] Kreittmayr l. c: Zwischen diesen und anderen eigenthümlichen Sachen ist also kein anderer Unterschied, als daß jene andergestalt nicht als ad usum sacrum et religiosum von dem Eigenthümer applicirt werden dürfen.

[10] Erk. 21/3 42. Bl. VIII. 144 ist in einer Klagsache gegen eine Kirchenstiftung der Antrag auf Execution an den zum Gottesdienst bestimmten Gefässen und Gewändern sowie an Kirche und Kirchthum abgewiesen, da an res sacrae eine solche nicht zuläßig sei.

[11] Entwurf I. 166.

[12] Wächter, W. P.R. II. § 44, 19. Arndts § 49. 1. Dernburg, Rechtsgutachten über den Streit bezüglich der Festungswerke der Stadt Basel, Halle 1862; zuletzt hat Windscheid § 146, 17 diese Auffassung ausführlich motivirt; vgl. auch Randa, Besitz 97, 5 a.

[13] Diese Ansicht ist zuerst von Keller in dem Gutachten von 1860 über die Baseler Festungswerke gedruckt in dem Nachtrag zum Gutachten Zürich 1860 und Pandekten § 48 aufgestellt und von Jhering der Streit zwischen Baselland und Baselstadt, Leipzig 1862 und Geist des römischen Rechts III. 334 weiter ausgeführt; eine ausführliche Widerlegung gibt Wappäus 88 f.

[14] Da es sich hier um Verhältnisse handelt, welche dem öffentlichen Recht nicht minder angehören als dem Privatrecht, so läßt sich die Berücksichtigung des

das Bayrische Recht nicht vorhanden, da das Eigenthumsrecht des Staats und der Gemeinden an den öffentlichen Sachen gesetzlich anerkannt ist [15]. An solchen Sachen können, solange diese ihre Bestimmung dauert, auf Grund von Privatrechtstiteln Sonderrechte nicht begründet werden [16], vielmehr bedarf es dazu in jedem einzelnen Fall besonderer Erlaubniß von Seite der competenten Behörde [17].

---

ersteren bei Entscheidung der Streitfrage gar nicht umgehen. Mit Recht hat daher Dernburg, Rechtsgutachten 5, hervorgehoben, daß nach deutschem Recht die Eigenthumsfrage keinem Zweifel unterliege.

[15] Es gilt dieß vor allem von den öffentlichen Sachen der Gemeinden, von welchen bereits das Gem.E. 1808. § 15—17. H. B. III. 174 sagt: „Zu dem Gemeindegut der ersten Gattung werden gerechnet: die nothwendigen öffentlichen Gebäude, Wege, Brücken, Brunnen, Grenzzeichen. . . Das unter diesem Begriff enthaltene Gemeindegut bleibt, soweit es zu den Bedürfnissen der Gemeinde erforderlich ist, ein ganz unveräußerliches Eigenthum einer Gemeinde." Diese Bestimmung ist in die Gem.O. 1818. § 24 und R.G.E. 1834 übergegangen. Ueber das Verhältniß der G.O. 1869 vgl. oben § 39. 56. Den gleichen Grundsatz spricht aus Wassergesetz 28 5 52. Art. 1. „Die öffentlichen Gewässer bilden ein zur allgemeinen Benützung bestimmtes Staatsgut." Diese Auffassung findet sich schon Bayr. L.R. II. 1. 5. „Unter die res communes ... deren Gebrauch zwar jedermann das Eigenthum aber niemand zuständig ist werden ... auch schiffreiche Ström und offene freie Land- und Heerstraßen gerechnet, welches jedoch nach deutsch ... und hiesigen Landrechten, zumal was gedachte Ström und Straßen anbelangt, andergestalt nicht als salvis juribus territorialibus zu verstehen ist." In der Anm. Nr. 6 sagt Kreittmayr: »In sensu stricto aber bedeuten sie solche Sachen, deren Eigenthum zwar dem Staat der Gebrauch aber jedermann in der Welt zustunde, z. E. öffentliche Straßen, Flüsse und Seehäfen sammt dem Ufer." Ebenso Pr. L.R. II. 14. 21: „Die Land- und Heerstrassen, die von Natur schiffbaren Ströme, das Ufer des Meeres und die Häfen sind ein gemeines Eigenthum des Staats." Daher sagt auch Entwurf I. 166: Sachen des Staats und der Gemeinden, welche dem allgemeinen Gebrauch gewidmet sind, solange diese Bestimmung dauert. Zu diesen Sachen gehören insbesondere die öffentlichen Flüsse, Häfen, Wege, Straßen, Plätze, Märkte und Brunnen nach den hierüber bestehenden gesetzlichen Bestimmungen.

[16] C.C.E. 10/6 54. Moritz II. 15 und 20/6 54. Moritz II. 20 sprechen aus, daß an öffentlichen Plätzen Straßen und Wegen durch Verjährung eine Servitut nicht erworben werden könne, und das gleiche sprechen C.C.E. 7/6 62. Moritz III. 321 bezüglich eines Canals und 23/3 63. Moritz III. 359 bezüglich einer Wasserleitung aus.

[17] Windscheid § 146. Wassergesetz 28/5 52. Art. 10: Ohne Erlaubniß der Verwaltungsbehörde dürfen innerhalb des Ueberschwemmungsgebietes eines öffentlichen Flusses keine Dämme oder ähnliche Anlagen errichtet werden. An und in dem Flusse selbst dürfen ohne solche Erlaubniß keine Triebwerke, Wasser-

§ 117.

4. Unterscheidungen der Sachen nach den damit verbundenen Rechtsverhältnissen.

Die Unterscheidung der Immobilien nach den Standesverhältnissen der Eigenthümer ist eine Eigenthümlichkeit des deutschen Rechts, die sich bis in die ältesten Zeiten verfolgen läßt. Nach älterem Recht fixirte sich nicht nur die Freiheit oder Unfreiheit der Besitzer an bestimmten Immobilien und blieb an diesen dauernd haften [1], sondern auch das Rechtsverhältniß des Fiskus und der Kirche war von dauerndem Einfluß auf die in der Hand dieser Institute befindlichen Grundbesitzungen [2]. Zunächst in Consequenz der ständischen Verfassung entwickelte sich in Deutschland der Begriff des Rittergutes oder adeligen Gutes als eines Objektes, mit welchem gewisse Vorrechte verbunden sind, welche anderen Grundbesitzungen nicht zukommen [3]. In Bayern war durch das Edikt 28/7 1808 das Rechtsverhältniß der privilegirten Grundstücke für das ganze Rechtsgebiet gleichheitlich geregelt. Hier war zuerst der Begriff der Gutsherrlichkeit festgestellt, und unter diesen die Regierungs- und Eigenthumsrechte zusammengefaßt; bei den letz-

---

leitungen, Abzugsgraben, Schöpfwerke, Bade- oder Waschhäuser, noch sonstige den freien Wasserlauf störende Anstalten errichtet werden.

[1] Schon im 9. Jahrhundert wird das indominicatum (Domäne) der von dem Eigenthümer selbst bebaute Theil des Gutes von den mansi tributales unterschieden, welche je nach der Eigenschaft des Leihemannes als mansi ingenuiles lidiles und serviles bezeichnet werden, s. meine Schrift: Feudalität und Unterthanenverband 139. Dieß findet sich durch das ganze Mittelalter, in welchem die Unterscheidung des freien und unfreien Grundeigenthums eine durchgehende ist. Walter, D. R.G. § 300.

[2] Bei Fiskalgrundstücken erklärt sich dieß schon aus dem Umstand, daß diese nach der älteren Verfassung von dem Markenverband ausgenommen waren, und eigne Bezirke für sich bildeten, woraus sich die gesonderte Stellung erklärt, welche die Domänen seit dem Mittelalter annahmen. Die Grundbesitzungen der Kirche waren schon nach römischem Recht unveräußerlich, ein Grundsatz, der auch in der späteren Rechtsentwicklung anerkannt ist.

[3] Wächter, W. P.R. II. § 37; vgl. den Artikel Rittergüter in Weiske, R.L. IX. 419 f. Weber, Abhandlung über die Rittergüter 1802. Mittermair, Pr.R. § 472—479. Ueber die älteren Verhältnisse in Bayern vgl. Spengel, die Edelmannsfreiheit, Landshut 1808. Gärtner, Landsassenfreiheit in der Oberpfalz, Landshut 1807. Kopf, die Grundherrlichkeit in Bayern, Landshut 1809. Prenitzer, Handbuch der gutsherrlichen Rechte und der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit in Bayern, Regensburg 1847.

teren wurden unterschieden die Rechte aus dem vollen Eigenthum, aus dem getheilten Eigenthum und auf getheiltem oder fremden Eigenthum. Die Verfassung von 1818 behielt im ganzen diese Unterscheidung bei und präcisirte nur die zuerst genannten Rechte als die auf Kirche und Schule und Gerichtsbarkeit bezüglichen [4]. Ein Gut mit gutsherrlichen Rechten war demnach ein solches Gut, in welchem neben dem vollen [5] auch getheiltes [6] Eigenthum verbunden sein konnte und mit welchem das Recht der Gerichtsbarkeit gegeben war [7]. Durch die neuere Gesetzgebung ist indeß dieses Verhältniß umgestaltet, indem mit der gesetzlichen Aufhebung des gutsherrlichen Verbandes [8] und der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit [9] die in dem früheren Recht begründete Unterscheidung ihre rechtliche Bedeutung verloren hat [10].

---

[4] V.U. Edikt VI. § 21 f.

[5] V.U. Beil. VI. § 2. 3. Als besondere damit verbundene Rechte sind angeführt: Rechte der Fischerei, des Jagd-, Forst- und Bergrechts, rücksichtlich deren die Gütern mit Gutsherrlichkeit eine privilegirte Stellung einnahmen. Die drei letzteren Institute sind durch neuere Gesetze allgemein geregelt, und es ist damit die früher den adeligen Gütern eingeräumte besondere Stellung hinweggefallen. Das Recht der Fischerei besteht noch fort, aber nur als gewöhnliches dingliches Recht.

[6] V.U. Edikt VI. § 4—20.

[7] V.U. Edikt VI. § 25—135. Ueber die Entwicklung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit in Bayern vgl. Holler, Geschichte der deutschen Patrimonialgerichtsbarkeit, Landshut 1804. Wirschinger, Darstellung der Patrimonialgerichtsbarkeit in Bayern, München 1837.

[8] Ges. 4/6 48. Art. 8. 16. 17. Pözl, Vf.R. §. 65. 66.

[9] Ges. 4/6 48. Art. 1. Pözl, Vf.R. § 76.

[10] Die im Edikt VI. § 21. 22 und 96 erwähnten Rechte der Gutsherrn in Bezug auf Schulen, Kirchen und Stiftungen bestehen fort; vgl. Pözl, Vf.R. § 64. Nr. 3 und oben § 46, 35; allein diese Rechte sind nicht ein Ausfluß der Gutsherrlichkeit, sondern müssen besonders hergebracht sein.

Caput 2.

Das Eigenthum [1].

Titel 1.

Wesen und Inhalt des Eigenthums.

§ 118.

1. Begriff des Eigenthums [2].

Das Eigenthum erstreckte sich nach römischen Recht nur auf körperliche Sachen [3], nach älterem deutschen Recht jedoch auch auf unkörperliche Sachen [4], und es ist die letztere Auffassung in die neuere Gesetzgebung übergegangen [5]. Hiernach ist der Eigenthumsbegriff bei uns erweitert, und auf Rechte wie auf Sachen anwendbar.

---

[1] Gesterding, Darstellung der Lehre vom Eigenthum Greifswalde 1817. Sell, dingliche Rechte, Bonn 1852. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum, Heidelberg 1857. Pütter, die Lehre vom Eigenthum nach deutschem Recht Berlin 1831.

[2] Windscheid § 167. 168. Arndts § 130. Schmid, Handbuch I. § 1. Beseler, P.R. § 81. Förster, P. P.R. § 166—169. Zirkler, das Eigenthum, R.L. IV. 141.

[3] Glück, Commentar VIII. 35. Schmid, Handbuch § 1, 2.

[4] Dunker, Z. f. D. R. II. 194. Beseler, Pr.R. § 81, 4. a. M. Unger, Ö. P.R. § 61.

[5] Bayr. L.R. II. 2. 1 und 2. „Das Eigenthum ist eine Macht und Gewalt, mit dem Seinigen nach eigenem Belieben frei und ungehindert so weit zu disponiren, als Gesatz und Ordnung zuläßt... Quasi dominium gehet auf unkörperlich und verum auf körperliche Dinge." In der Anmerkung b. zu letzterer Stelle sagt Kreittmayr, nachdem er constatirt hat, daß das deutsche Recht den Standpunkt des römischen Rechts nicht theile. „Warum nun unser Codex in rebus incorporalibus kein verum, sondern nur Quasidominium statuirt ist aus keiner andern Ursach geschehen als weil man das Inhaben oder die Uebergab von unkörperlichen Dingen ebenfalls nur eine Quasipossessionem vel traditionem zu nennen pflegt." Pr. L.R. I. 8. 1 und 2: „Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechtes mit Ausschließung anderer aus eigener Macht durch sich selbst oder einen Dritten zu verfügen. Alles was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, ist ein Gegenstand des Eigenthums." Die gleiche Bestimmung hat Österr. G.B. § 353. Dagegen sind Sächs. Gb. § 217 und Entwurf III. 89 auf den römisch-rechtlichen Standpunkt zurückgeführt.

I. Begriff. Eigenthum ist das Recht über eine körperliche Sache oder ein Recht ausschließend zu verfügen. Seinem Grundbegriff nach ist das Eigenthum so beschaffen, daß in Beziehung auf den Gegenstand dem Willen des Eigenthümers keinerlei Schranken gezogen sind, und ihm dritten gegenüber ein Recht der Ausschließung jeder Einwirkung zusteht, was man früher die natürliche Freiheit des Eigenthümers nannte [6]. Indessen wird der Eigenthumsbegriff dadurch nicht alterirt, daß der Willkür des Eigenthümers in der Verfügung über den Gegenstand durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen oder durch Rechte dritter Schranken gezogen sind [7], da mit dem Aufhören dieser Beschränkungen die Freiheit des Eigenthums von selbst wieder hervortritt [8] und daher für diese die Präsumtion spricht [9].

II. Subjekt des Eigenthums. Die Regel bildet die Eigenthumsfähigkeit jeder physischen [10] und juristischen [11] Person. Ausnahmen bestehen für gewisse Klassen von Rechtssubjekten, welche im öffentlichen Interesse in der Befugniß des Eigenthumserwerbs beschränkt sind,

---

[6] Gesterding, Eigenthum 20. Schmid, Handbuch § 1, 7. Bayr. L.R. II. 2. 2 nennt es dominium plenum, was Kreittmayr Anm. c. dahin definirt: „wann alles beisammen ist, was die Natur des Eigenthums erfordert." Entwurf III. 89: das Eigenthum gewährt das Recht der vollständigen und ausschließlichen Verfügung über die Sache, soweit nicht Beschränkungen desselben rechtlich begründet sind.

[7] l. 25. pr. D. 50. 16. Recte dicimus eum fundum totum nostrum esse, etiam cum ususfructus alienus est, quia ususfructus non dominii pars sed servitutis sit ut via et iter. Nec falso dici totum meum esse, cujus non potest ulla pars dici alterius esse. Windscheid § 167, 2 und § 169, 2.

[8] § 4. J. 2. 4. Cum autem finitus fuerit ususfructus revertitur scilicet ad proprietatem et ex eo tempore nudae proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem. Pagenstecher, Eigenthum 1. 7. Förster, P. P.R. § 166, 12.

[9] vgl. unten § 150.

[10] Bayr. L.R. II. 2. 3. „Jedem, der seiner Vernunft mächtig ist, kann sowohl für sich selbst als durch andere das Eigenthum einer Sache verlangen." Das neuere Recht erkennt die absolute Rechtsunfähigkeit physischer Personen nicht mehr an, vgl. oben § 19, 4.

[11] vgl. oben § 32. II. Da die Eigenthumsfähigkeit eine nothwendige Voraussetzung des Bestandes einer juristischen Person bildet, so können solche Vereinigungen, denen sie abgeht, wie nach bayrischem Recht die Bettelklöster nicht als juristische Personen angesehen werden, vgl. oben § 31, 6.

nämlich für kirchliche Institute durch die Amortisationsgesetze [12], für die äußeren Justiz- Polizei- und Finanzbeamten durch das Verbot, in ihrem Amtsbezirk eine Gutsrealität zu erwerben [13], und für die Bergbeamten und ihre Angehörigen durch das Verbot der Muthung von Bergwerkseigenthum in ihrem Verwaltungsbezirk [14]. Dagegen sind die in dem älteren Recht begründeten Beschränkungen der Ausländer [15] und der Bekenner bestimmter Confessionen [16] nicht mehr anwendbar.

III. Gegenstand des Eigenthums.

1. Sachen. Nur verkehrsfähige Sachen können im Eigenthum stehen [17]; an verkehrsunfähigen Sachen ist überhaupt [18] und an Sachen, die dem Verkehr entzogen sind ist, solange diese Eigenschaft währt [19], Eigenthum nicht möglich. Voraussetzung des Eigenthums ist die individuelle Bestimmtheit der Sache. Es gilt dieß sowohl für unbewegliche als für bewegliche Sachen.

a. unbewegliche Sachen. Für Grundflächen sind bestimmend die Grenzen [20]. An sich muß die Abgrenzung künstlich hergestellt werden, da die Theilung der Oberfläche eine nur ideelle ist. Gesetz-

---

[12] vgl. oben § 37.

[13] vgl. oben § 31, 1.

[14] Berggesetz Art. 196. Die Beamten der Bergbehörden erster Instanz deren Frauen und unter väterlicher Gewalt stehenden Kinder können im Verwaltungsbezirk der ersteren keine Bergwerke oder Kuxe durch Muthung erwerben. Zu solchen Erwerbungen durch andere Rechtsgeschäfte unter Lebenden ist die Genehmigung des zuständigen königlichen Staatsministeriums erforderlich.

[15] vgl. oben § 26, 2.

[16] vgl. oben § 28. Namentlich hat das Gesetz 29/6 1851 die früher begründeten Beschränkungen der Israeliten beseitigt. Metz, Commentar in Dollmann, G.G. I. 1. 466.

[17] Bayr. L.R. IV. 2. 4. In regula kann alles eigenthümlich werden, außer was von Natur nicht in unseren Besitz und Gewahrsam kommen kann, oder sonst durch Specialverordnungen ausgenommen ist.

[18] Pr. L.R. I. 8. 3. Sachen, von deren Benutzung ihrer Natur nach niemand ausgeschlossen werden kann, können kein Eigenthum einzelner Personen werden, vgl. oben § 116, 5.

[19] Sie werden zwar als im Eigenthum des Staats der Kirchen und Gemeinden stehend angesehen, allein sie sind, solange diese ihre Bestimmung währt, dem privatrechtlichen Verkehr entzogen, vgl. oben § 116, 16.

[20] Ueber Grenzen im Allgemeinen vgl: Ötinger, de jure limitum, Augsburg 1670. Beck, Recht der Grenzen und Marksteine, Nürnberg 1754. Hildebrand, H., lapides finales, Altdorf 1710. Speckner, J., Blicke auf Markungsklagen, Nürnberg 1817.

lich bestimmt ist sie nach bayrischem Recht für Flüsse, bei welchen der mittlere Wasserstand für das Eigenthum der Anlieger an der Uferlinie der öffentlichen Flüsse [21] und für die Eigenthumsgrenze an dem Flußbett der Privatflüsse entscheidet [22]. Für andere Grundflächen ist ein besonderes Grenzregulirungsverfahren vorgeschrieben [23], welches auch in denjenigen Rechtsgebieten Anwendung findet, in welchen schon bisher gesetzliche Bestimmungen in Geltung waren [24]. Hiernach ist Entscheidung von Streitigkeiten über Feststellung der Grenzen der gerichtlichen Competenz vorbehalten [25]; dagegen findet zur Feststellung des Bedürfnisses und der Art der Vermarkung sowie der Anzahl und Beschaffenheit der Grenzzeichen ein administratives Verfahren statt, für welches in erster Instanz die Distriktsverwaltungsbehörde in zweiter und letzter Instanz die Kreisregierung Kammer des Innern competent ist [26]. Wenn nämlich die Grenze von unmittelbar aneinanderstoßenden Grundstücken zwar unbestritten feststeht, jedoch wegen gänzlichen oder theilweisen Mangels entsprechender Markzeichen nicht hinreichend erkennbar und gesichert ist, so kann jeder angrenzende Eigenthümer die neue oder ergänzende Vermarkung auf gemeinschaftliche Kosten der be-

---

[21] Wassergesetz Art. 19. Die Uferlinie bestimmt sich nach dem mittleren Wasserstand des Flusses. Dieser wird von der Verwaltungsbehörde festgesetzt, und wo es nothwendig ist, auf angemessene Weise bezeichnet.

[22] Wassergesetz Art. 39. Gehören die Ufer verschiedenen Eigenthümern, so bildet die durch die Mitte des Flusses nach Maaßstab des mittleren Wasserstandes gezogene Linie die Eigenthumsgrenze, soweit diese Grenze nicht bereits in anderer Art festgesetzt ist.

[23] Vermarkungsgesetz 16/5 1868. G.Bl. 573. vgl. Erläuterungen zum Vermarkungsgesetz Bl. f. A Pr. XVIII. 225 f. und Pözl, Commentar in Dollmann G.G. I. 4. 399—456.

[24] Vermarkungsgesetz Art. 25. „In denjenigen Gemeinden, in welchen das Institut der Siebner (Steinsetzer, Feldschieder u. s. w.) bereits besteht, ist dasselbe mit den Anforderungen des gegenwärtigen Gesetzes in Einklang zu bringen." Solche Bestimmungen finden sich: Hohenlohe, L.R. III. 20 Arnold II. 485; Weißenburg, St. IV. Arnold II. 720; Würzburg, V. 5/7 1753 M.S. II. 640; Schweinfurt, Feldordnung Sammlung 60—82; Solms, L.O. II. 30; Mainz, L.R. V. und U.G.O. IX.; Erbach, Steinsetzordnung 7/11 1695 Weber V. 305; Amberg, Amt- und Portungschauordnung 26/2 1552. Art. 26 f. unten § 126. Vgl. Haas, Siebnergerichte und Märkervereine in Bayern, Nürnberg 1835, Klüber, J., Instruction für verpflichtete Landesschieder, Erlangen 1838.

[25] Verm.G. Art. 7.

[26] Verm.G. Art. 7—11.

theiligten Grundeigenthümer verlangen [27], wobei, wenn ein Widerspruch eines Betheiligten erfolgt, nach Vernehmung des Widersprechenden die Verwaltungsbehörde zu entscheiden hat [28]. Eine neue Bestimmung der Grenze setzt entweder richterliche Entscheidung oder den Beschluß der Betheiligten voraus die bestehende Grenzlinie durch Austausch von Grund und Boden zu verändern, auf welchen letzten Fall die Bestimmungen des Arrondirungsgesetzes Anwendung finden [29]. Die Vermarkung steht nur den Feldgeschworenen zu, von denen in jeder Gemeinde nach Bedürfniß 4—7 auf Lebensdauer unter Beobachtung der Bestimmungen über die Wahl des Gemeindeausschußes in Landgemeinden gewählt werden, und die sich, solange sie nicht auf zwei reducirt sind, durch Cooptation ergänzen [30]. Sie haben sich einen Obmann zu wählen, und haben außer der Vermarkung, welche ihnen allein zusteht, die Beaufsichtigung derselben [31] in der ganzen Gemeindeflur [32]. Kommt über die Art der vorzunehmenden Vermarkung und die Anzahl und Beschaffenheit der zu setzenden Grenzzeichen eine gütliche Vereinbarung nicht zu Stand, so hat gleichfalls die Administrativbehörde zu entscheiden [33].

Bei Grundflächen erstreckt sich das Eigenthum nach dem Verhältniß der in solcher Weise bestimmten Oberfläche auf den Untergrund [34]

[27] Verm.G. Art. 1 und 4.

[28] Verm.G. Art. 9.

[29] Verm.G. Art. 5 vgl. unten § 122.

[30] Verm.G. Art. 12—15.

[31] Das Verfahren ist Art. 16—20 genau geregelt. Es ist ihnen namentlich die Benützung geheimer Zeichen (Siebnergeheimniß) gestattet, bei deren Anbringung und Untersuchung alle übrigen sich entfernen müssen und deren Geheimhaltung sie eidlich zu versprechen haben.

[32] Verm.G. Art. 21.

[33] Verm.G. Art. 3 und 7.

[34] l. 24. § 12. D. 39. 2. Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 8. 4 und II. 8. 10. Pr. L.R. I. 8. 32. Entwurf III. 89. oben § 110, 17. Dieß ist die gemeine Meinung Windscheid § 139, 3, Arndts § 130, Seuffert, Pandekten § 123, 1, die in unserer Praxis allgemein anerkannt ist Erk. Dresden 17/12 43. Sf. III. 7. Ueber die durch die Regalität der Fossilien begründete Ausnahme vgl. oben § 110, 19. Die dagegen von Werenberg, Jahrb. f. Dogm. VI. 23 f. vorgebrachten Bedenken sind ganz unbegründet. Er geht von der Behauptung aus, der Untergrund gehöre wie die Luftsäule zu den gemeinschaftlichen Sachen (15 und 23) und Theil der Oberfläche sei nur das was zur regelmäßigen ordentlichen Benutzung gehöre, alles übrige sei herrnlos, könne aber von dem

und den über der Oberfläche befindlichen Raum [35], daher auch auf alles was sich auf der Oberfläche befindet [36].

b. bewegliche Sachen können entweder einzeln oder in ihrer Vereinigung zu Sachgesammtheiten Gegenstand des Eigenthums sein. Voraussetzung ist individuelle Bestimmtheit der Sache [37]. Bei Sachgesammtheiten erstreckt sich das Eigenthum nach der Ansicht der einen nur auf die einzelnen Sachen, während die überwiegende Meinung die Zuläßigkeit des Eigenthums auch an der Gesammtheit annimmt [38].

2. Rechte. Sowohl das Bayrische [39] als das Preußische Landrecht [40] dehnen den Eigenthumsbegriff auf Rechte aus. Die Mög-

---

Eigenthümer der Oberfläche occupirt werden, dagegen bemerkt Hesse, Jahrb. f. Dogm. VI. 396 mit Recht, man könne ein Grundstück nicht als eine Fläche ohne Tiefe und Höhe auffassen. Die Ansicht von Werenberg ist aber schon deshalb ganz unzuläßig, weil der Begriff der regelmäßigen ordentlichen Benützung ganz relativ ist, vgl. auch Note 35.

[35] vgl. oben § 110. 18. Die entgegengesetzte Ansicht von Werenberg Jahrb. für Dogm. VI. 3 f. leidet an einem inneren Widerspruch, da er Luftraum und Untergrund einerseits für eine res communis erklärt, und andererseits eine Occupation der Luft durch den Eigenthümer der Oberfläche voraussetzt, ebenda VI. 20. 23, während doch res communes in ihrer Totalität nicht occupirt werden können, Randa, Besitz 95, Unger, Ö. P.R. § 46, 4. Daß Werenberg Luft und Raum verwechselt ist von Jhering, Jahrb. f. Dogm. VI. 86 hervorgehoben, vgl. auch Windscheid § 139, 3.

[36] über die Bestandtheile der Oberfläche vgl. oben § 110, 14 und 21.

[37] Zirkler, R.L. IV. 151.

[38] vgl. oben § 114, 9 f.

[39] Bayr. L.R. II. 1. 2. oben Note 5. Kreittmayr, Anm. b. zu dieser Stelle sagt: „Ob es dominium rerum incorporalium gebe, ist unter den Autoren noch streitig... Nach römischem Recht hat die negativa ihre ungezweifelte gute Richtigkeit... Die Teutschen distinquirten wenigst vor diesem, ehe das römische Recht eingeführt wurde, nicht so fein, und begreifen unter dem dominio sowohl res incorporales als corporales... Man kann auch diesen Unterschied ex jure naturae nicht wohl ausfindig machen... Am allerwenigsten aber fragt man in praxi viel darnach, dann die Practici schauen nicht soviel den Namen als die Sache selbst nach ihrer Wirkung an"... Es geht schon daraus hervor, daß Kreittmayr den Eigenthumsbegriff auf Rechte für anwendbar hielt; zweifellos wird dieß aber durch seine Erklärung des Ausdrucks quasidominium, den er mit quasipossessio auf eine Linie stellt; den Begriff des Besitzes aber hielt er auf Rechte überhaupt für anwendbar, vgl. unten § 130, 34.

[40] Pr. L.R. I. 8. 1 und 2 oben Note 5. Förster, P. P.R. § 168, 10 f. Da das Pr. L.R. I. 15. 3 die Eigenthumsklage bei Rechten zuläßt, so ist die Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs auf Rechte nicht in Zweifel zu ziehen.

lichkeit des Eigenthums an Rechten ist in Bayern ohne Unterscheidung der einzelnen Rechtsgebiete allgemein anerkannt, da die in dem Hypothekengesetz ausgesprochene Zuläßigkeit der Hypothekbestellung auf Rechte [41] auf dieser Voraussetzung beruht. Durch das Hypothekengesetz ist solchen fruchtbringenden Rechten die Immobiliareigenschaft ertheilt, welche mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen, und die selbstständig nicht bloß accessorisch dinglich sind [42], und auf diese ist daher der Eigenthumsbegriff zweifellos anwendbar. Ob er aber hierauf zu beschränken oder ob er noch weiter auszudehnen sei, ist gesetzlich nicht bestimmt, da weder das bayrische noch das preußische Landrecht in dieser Hinsicht gesetzliche Vorschriften enthalten; jedoch gewähren beide die erforderlichen Anhaltspunkte für die Beurtheilung. Nach Preußischem Recht ist der Eigenthumsbegriff nur auf solche Rechte anwendbar die substanziell sind und einen ausschließlichen Nutzen gewähren [43]. Dahin gehören Reallasten [44], dingliche Gewerbsberechtigungen [45], Grunddienstbarkeiten [46], das Patronatrecht [47], das Bergwerkseigenthum [48], das

---

[41] Hyp.-Ges. § 3 oben § 110, 34.

[42] vgl. oben § 110, 34 und unten § 158. Es gehören dahin das Bergwerkseigenthum, Fischereirechte, Bodenrenten, dingliche Gewerbsrechte, dann die jetzt aufgehobenen Zehntrechte und das Jagdrecht. Für Lehen, Familienfideicommisse, die Superficies und die jetzt aufgehobenen bäuerlichen Nutzungsrechte nimmt das bayrische Recht Eigenthum des Berechtigten an, unten § 119, 5, und das Preußische Landrecht stimmt hinsichtlich der beiden ersteren damit überein, indem es das Verhältniß des getheilten Eigenthums als Miteigenthum auffaßt.

[43] Förster, P. P.R. § 168, 11. Darauf gründet sich die Ausschließung der Obligationen, auf welche freilich andere den Begriff ausdehnen, Göppert, Miteigenthum 18.

[44] Förster, P. P.R. § 168, 20. In dem Amortisationsgesetz 1/8 1701. Novell. 141 waren in Bayern weltliche Zehnten Vogtei und eingelegte Gattergilt für Immobilien erklärt, so daß hier die Ausdehnung auf Reallasten überhaupt begründet erscheint.

[45] Förster, P. P.R. § 168, 22. An dinglichen Gewerbsrechten, welche nach Gewerbegesetz 30/1 68. Art. 7 fortbestehen, obwohl sie materiell völlig bedeutungslos geworden sind, wird in Bayern zweifellos Eigenthum angenommen, s. Studien zur Lehre von den Realgewerben Bl. V. 1.

[46] Förster, P. P.R. § 168, 19. Kreittmayr, Anm. d. zu L.R. II. 1. 9 stellt sie den Reallasten gleich.

[47] Förster, P. P.R. § 168, 21.

[48] Förster, P. P.R. § 168, 24. Das bayrische Berggesetz Art. 40 stimmt mit dem Preußischen Recht überein und läßt zweifellos Eigenthum daran zu.

Verlagsrecht [49], der Nießbrauch [50], das Platzrecht [51], die Hypothekenforderung [52], womit, wie gezeigt, für das bayrische Landrecht die Ansicht des Gesetzgebers fast durchgängig übereinstimmt. Nachdem übrigens für das bayrische Recht die Zuläßigkeit der Ausdehnung des Eigenthumsbegriffs auf Rechte überhaupt anerkannt ist, ist keine Veranlassung gegeben, das gemeinrechtliche Princip, das ohnehin durchbrochen ist, noch für anwendbar zu halten, um somehr als ja die neuere Gesetzgebung auf dem Gebiet des Handelsrechts den Eigenthumsbegriff allgemein auf bestimmte Forderungsrechte ausgedehnt hat [53].

IV. Inhalt. Die ältere Theorie war bestrebt wie beim Besitz so auch beim Eigenthum den Inhalt durch Aufzählung der einzelnen Bestandtheile zu specialisiren, und es findet sich diese Richtung auch in unserer Gesetzgebung. Namentlich unterscheidet das Bayrische Landrecht als Wirkungen des Eigenthums das Recht, alle Einwirkung dritter auszuschließen, dann das Recht der Verfügung, der Benützung, der Erhaltung und der Veräußerung [54], das Preußische Landrecht das Recht des Besitzes, der Proprietät und der Nutzung [55]. Diese Aufzählung hatte nur den Zweck, die Fälle, in welchen man eine dauernde Ausscheidung einzelner Befugnisse also die Möglichkeit der Spaltung des Eigenthums annahm, zu erläutern und ist daher zwecklos. Dagegen ist die Unterscheidung des Inhalts des Eigenthums nach der positiven und negativen Seite von Wichtigkeit. Während die positive Seite dem Eigenthümer die Befugniß gewährt, über sein Eigenthum

---

[49] Förster § 168, 25 a. M. Mandry in Dollmann G.G. I. 86. 99.

[50] Förster, Pr. P.R. § 168, 18.

[51] Nach Pr. L.R. I. 22. 243 gehört das Platzrecht zu den Grundgerechtigkeiten und der Berechtigte erscheint daher als Eigenthümer. Förster, P. P.R. § 188, 190. Das Bayr. L.R. IV. 7. 34 stellt das Platzrecht der Emphyteusis gleich, und nimmt daher ebenfalls Eigenthum des Berechtigten an.

[52] Erk. Berlin 26/2 66 Striethorst 62. 164; gegen diese Auffassung Förster, P. P.R. § 168, 27. Für die erstere Ansicht erklärt sich Kreittmayr, Anm. 10 zu L.R. II. 2. 4, indem er für die Spezialhypothek und das Faustpfand Unterwerfung unter die Amortisationsgesetze annimmt.

[53] H.G.B. Art. 306 und 307 sind Inhaberpapiere allgemein den Waaren gleichgestellt, Förster, P. P.R. § 168, 48; den gleichen Standpunkt hat Sächs. C.G.B. § 104. 2.

[54] Bayr. L.R. II. 2. 6 und Anmerkungen 1—4.

[55] Pr. L.R. I. 8. 9—13.

willkürlich zu verfügen, gewährt ihm die negative Seite das Recht, jede Einwirkung eines dritten auszuschließen und daher gegen Entziehung oder Beschränkung des Eigenthums die gesetzlichen Schutzmittel geltend zu machen. Daher darf auch die Ausübung des Eigenthums nicht in der Art geschehen, daß mit Ueberschreitung der dem Eigenthum gezogenen Grenzen das Eigenthum eines anderen beeinträchtigt wird. Dieß erscheint jedoch nicht als Beschränkung des Eigenthums [56] sondern als natürliche Consequenz des jedem Eigenthümer zustehenden Verbietungsrechtes, das ihm zugleich Beobachtung der dem Eigenthum bestimmten Grenzen zur Pflicht macht. Es tritt dieß allein in dem gegenseitigen Verhältniß von Grundstücken hervor, die nicht natürlich sondern nur künstlich getrennte Körper darstellen und zwar in nachstehender Weise:

1. Der Eigenthümer kann jede Einwirkung auf die der Oberfläche seines Eigenthums entsprechende Luftsäule zurückweisen. Die einzelnen Anwendungsfälle sind:

a. Bauwerke dürfen nicht über die Grenze der Oberfläche in die Luftsäule des Nachbarn ragen. Bei Zuwiderhandlung steht diesem die actio negatoria zu [57].

b. Die in den Luftraum des Nachbarn überhangenden Baumzweige müssen entfernt werden, und zwar gemeinrechtlich bei städtischen Grundstücken ganz, bei ländlichen Grundstücken bis zur Höhe von fünfzehn Fuß [58], und es ist dem Eigenthümer zu diesem Behuf die Re-

---

[56] s. Becker, Jahrb. V. 166. Windscheid § 169, 6.

[57] l. 29. § 1. D. 9. 2. Si protectum meum quod supra domum tuum nullo jure habebam recidisses posse me tecum damni injuria agere Proculus scribit, debuisti enim mecum jus mihi non esse protectum habere agere. Vgl. über diese Stelle Jhering, Jahrb. f. Dogm. VI. 87, Hesse, Jahrb. f. Dogm. VI. 394. Bayr. L.R. II. 8. 6. Anm. a. „Daraus folgt richtig, daß mein Nachbar weder Erker noch Wetterdach oder andere dergleichen Ausgebäu führen darf, welche sich über meinen Grund herein erstrecken. Regensburg, W. G.O. XII. 1: daß nemblich niemanden einige neue Auslabungen oder Fürgebäu — über seines Nachbarn Grund zu bawen erlaubt sein noch verwilligt werden soll, sondern es ist ein jedweder schuldig, oben die Weithe heraus zu bauen zu behalten, so bei seiner Behausung unten im Grund oder sonst gegen seinen Nachbarn hat. P. L.R. I. 8. 123. Die Anlegung neuer Erker, Altanen, Wetterdächer, Dachtraufen und anderer über die Grenze ragender Bauwerke ist der Nachbar zu dulden nicht verpflichtet. Förster, P. P.R. § 170, 19.

[58] l. 1. § 2. D. 43. 27. Si arbor aedibus alienis impendeat utrum totum arborem jubeat praetor adimi an vero id solum quod superexcur-

gatorienklage oder das Interdictum de arboribus caedendis nach seiner Wahl gegeben [59]. Das bayrische Landrecht dagegen räumt dem Eigenthümer ohne Unterscheidung der Grundstücke das Recht der Wegnahme des Ueberhangs ein [60], während das preußische Landrecht ihm nur das Recht der Wegnahme mit der Verpflichtung der Ablieferung der abgenommenen Theile gewährt [61].

c. Der Eigenthümer darf von seinem Eigenthum nicht einen solchen Gebrauch machen, daß durch die von ihm getroffenen Veranstaltungen [62] die in die Luft ausgestoßenen Stoffe in die Luftsäule des Nachbarn sich verbreiten. Der Nachbar hat ein Verbietungsrecht nicht nur gegen

---

rit quaeritur? Et Rutilius ait a stirpe exscindendam idque plerisque videtur verius, et nisi adimet dominus arborem. Labeo ait permitti ei cui arbor officeret ut si vellet succideret eam lignaque tolleret. l. 1. § 9. D. 43. 27. Differentia duorum capitum interdicti haec est, siquidem arbor aedibus impendeat, succidi eam praecipitur si vero agro impendeat tantum usque ad quindecim pedes a terra coerceri. Schmid, Handbuch § 3, 29 und 31. Becker, Jahrb. V. 166. 169. Windscheid § 169, 10. Ueber die daran sich knüpfende Streitfrage, ob für die Höhe über fünfzehn Fuß dadurch eine Eigenthumsbeschränkung gegeben sei, vgl. unten § 128, 3.

[59] Hesse, Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn II. 195. Erk. Wolfenbüttel 3/3 46. Sf. XI. 115; Dresden 16/1 63. Sf. XVII. 7.

[60] Bayr. L.R. II. 8. 6. „Wohl hingegen folgert ... daß der Nachbar die in seinen Grund hinüberhangenden Aeste des auf dem praedio dominande stehenden Baums nicht abhauen darf, wie er sonst ohne sothaner Servitut wol berechtiget wer." Kreittmayr hebt Anmerkungen c. hervor, daß nach deutschem Recht nur das überhangende weggenommen werden dürfe. Das gleiche bestimmt Entwurf III. 198: Der Eigenthümer, auf dessen Grund Theile eines Baums herüberragen, kann von dem Nachbar deren Wegnahme verlangen. Kommt der Nachbar der Aufforderung hiezu binnen acht Tagen nicht nach, so kann er jene Theile selbst abtrennen und für sich behalten.

[61] Pr. L.R. I. 9. 287. 288. Niemand ist die unter seinem Grund und Boden fortlaufenden Wurzeln oder die über seine Grenze herüberhangenden Zweige eines fremden Baumes zu dulden verpflichtet. Will er aber selbige weghauen, so muß er das Holz dem Eigenthümer des Baumes ausliefern. Das römische Interdikt ist dem preußischen Recht nicht bekannt, Förster, P. P.R. § 173, 47.

[62] Die aus natürlichen Verhältnissen entspringenden Mißstände, z. B. Verpestung der Luft durch Versumpfung des Bodens ist der Eigenthümer zu beseitigen nicht verbunden l. 24. §. 2. D. 39, 2. Denique nemo dixit, palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est. Hesse, Rechtsverhältnisse I. 74 und 216.

die direkte Ueberleitung derartiger Stoffe in seine Luftsäule [63], sondern auch dagegen, daß die in den eignen Luftraum des Eigenthümers immittirten fremden Stoffe [64], wie Rauch [65], Dampf [66], Staub [67], Ruß [68] und Gase [69] durch ihre naturgemäße [70] Verbreitung auf die

---

[63] l. 8. § 5. D. 8. 5. Aristo ... respondit non putare se ex casearia fumum in superiora aedificia jure immitti posse, nisi ei rei servitus talis admittatur. l. 8. § 7. D. 8. 5. nam et in balineis inquit vaporibus cum Quintilla cuniculum pergentem in Ursi Julii instruxisset placuit potuisse tales servitutes imponi. Hesse, Rechtsverhältnisse I. 31 und Jahrbücher f. Dogm. VI. 403 und 406. Erk. Celle 22/6 37. Sf. XI. 14 ist die Immission des Dampfs aus den Kellerfenstern einer Seifenfabrik auf das benachbarte Grundstück als Eigenthumseingriff erklärt. Spangenberg A. f. C.Pr. IX. 269 will das Verbot direkter Immission auf die Fälle der Belästigung durch außergewöhnliche Benützung beschränken, wogegen sich Hesse, Jahrb. f. Dogm. VIII. 114 erklärt. Dieser letzteren Ansicht schließt sich Erk. Rostock 16/7 62. Budde, Entsch. IV. 113 an, indem es aus der Vergleichung von § 5 und 7 der erwähnten Digestenstelle entwickelt, daß der Eigenthümer direkte Immission durch künstliche Vorrichtungen unbedingt zurückweisen könne, gegen eine nicht durch künstliche Vorrichtungen, sondern durch die Lage der beiderseitigen Grundstücke bewirkte Immission ein Verbietungsrecht aber habe, wenn es sich um eine nicht aus der gewöhnlichen Hauswirthschaft hervorgehende Raucherzeugung handle.

[64] Geräusch ist nicht als Stoff anzusehen, vgl. unten § 125, 28, ebensowenig Erschütterung, unten Note 81.

[65] Erk. Dresden 17/12 43. Sf. III. 7; Lübeck 28/6 53. Sf. XI. 114.

[66] Erk. Dresden 17/12 43. Sf. III. 7; Celle 1848. Sf. VIII. 346.

[67] Erk. Cassel 1862. Sf. XVIII. 11.

[68] Erk. Lübeck 28/6 53. Sf. XI. 114; Celle 25/10 67. Sf. XXI. 208.

[69] Erk. Dresden 17/12 43. Sf. III. 7 und Lübeck 25/11 58. Sf. XV. 2 erklären das Gas für eine Substanz, gegen deren direkte oder indirekte Immission dem Eigenthümer ein Verbietungsrecht zustehe; vgl. auch Holzschuher II. S. 99; Werenberg, Jahrb. f. Dogm. V. 52. Nur von diesem Standpunkt aus ist ein Einschreiten gegen dauernde Erzeugung widriger Gerüche möglich.

[70] Dieser Gesichtspunkt wurde zuerst von Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen III. 398—409 aufgestellt, und ist jetzt in Theorie und Praxis fast durchgängig anerkannt; vgl. Pagenstecher, Eigenthum I. 118, Vangerow § 297. Anm. 2, Holzschuher II. § 91, 12 c., Sintenis § 47, 31, Funke, Beiträge 157—172. Erk. Dresden 17/12 43. Sf. III. 7, Lübeck 28/6 53. Sf. XI. 114 und 25/11 58. Sf. XV. 2 geben zwar zu, daß in l. 8. § 5—7. D. 8. 5 zunächst nur der Fall einer direkten Immission ins Auge gefaßt sei, sehen aber darin nur die Anwendung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes auf einen konkreten Fall, und halten daher analoge Anwendung auf natürliche Verbreitung in der Luft also auf indirekte Immission für zuläßig. Ebenso sprechen sich Erk. Cassel 1862. Sf. XVIII. 11 und Celle 25/10 67. Sf. XXI. 208 dahin aus, daß das Verbietungsrecht des Nachbarn auch gegen die Verbreitung im Luftraum ohne di-

benachbarten Grundstücke eindringen. Voraussetzung ist dabei, daß durch eine besondere Veranstaltung dieser Art [71] ein in der Nähe [72]

---

rekte Immission begründet sei. Dagegen halten ein Verbietungsrecht nur gegen direkte Immission für gegeben: Hagemann, Prakt. Erört. VII. 384, Elvers, Allgem. Jur. Zeitung 1828. 465 f., Erk. Darmstadt 27/8 59. A. f. Pr. R.W. VII. 478. Neuerdings wird diese Ansicht ausführlich vertheidigt von Hesse, Rechtsverhältnisse II. 40, Jahrb. f. Dogm. VI. 403 f. und VIII. 118; nur bei direkter Immission, d. h. wenn auf dem einen Grundstück eine Anlage (opus manufactum) besteht in Folge deren feste oder flüssige Körper nothwendig und unmittelbar in das Nachbargebiet hinübergetrieben oder hinübergeleitet werden, soll die actio negatoria begründet sein, während Handlungen und Anlagen, die zwar in ihrem äußern Umfang die Eigenthumsgrenze nicht überschreiten aber doch auf das Eigenthum des Nachbarn namentlich vermöge der Cohärenz des Bodens und der Luft hinüberwirken z. B. durch Eindringen von Rauch, dem Beschädigten nur das Recht geben cautio damni infecti zu verlangen. In der Hauptsache stimmt damit die Ausführung in Erk. Rostock 16/7 62. Budde, Entsch. IV. 108 f. überein, unterscheidet jedoch direkte Hinüberleitung l. 8. § 7. D. 8. 5, Eindringen des Rauches in Folge der Naturgesetze namentlich veranlaßt durch die Lage der betreffenden Grundstücke l. 8. § 5. 6. D. 8. 5, und Eindringen in Folge zufälliger Umstände; in dem erstern Fall hält sie ein Verbietungsrecht immer (S. 113. 114), in dem dritten überhaupt nicht (S. 118), in dem zweiten nur dann für begründet, wenn der Rauch nicht durch die zum Zweck der gewöhnlichen Hauswirthschaft erforderliche Feuerung sondern durch besondere gewerbliche Veranstaltungen erzeugt wird und daher als besonders lästig erscheint. Ein mit dieser zweiten Voraussetzung völlig identischer Rechtsfall ist Erk. 20/8 67. Bl. XXXII. 410, wo in einem nach Herbergen (vgl. unten § 120, 33 f.) getheilten Haus der Eigenthümer des oberen Stockwerkes gegen die Betreibung der Branntweinbrennerei in dem untern Stockwerk ein Verbietungsrecht ausüben wollte, und wo ausgesprochen ist, daß ein Anspruch auf Beseitigung der schadenbringenden Vorrichtung nicht gegeben sei. Nach bayrischem Landrecht kann die Entscheidung für die zuerst erwähnte Meinung nicht zweifelhaft sein, da dieses dem Eigenthümer ein noch viel weiter reichendes Verbietungsrecht einräumt unten § 125, 7. Auch nach preußischem Recht wird die erstere Meinung jetzt als begründet angesehen Förster, P. P.R. § 169, 12, Gruchot, Beiträge VI. 112—121. Erk. München 9/3 52. Bl. XVII. 270 ist zwar in einer nach Preußischem Recht zu beurtheilenden Sache ausgesprochen, daß dem Nachbarn einer chemischen Fabrik ein Recht, die Erzeugung von übelriechendem und schädlichem Rauch zu verbieten nicht zustehe, allein diese Entscheidung berührt die vorliegende Frage nicht, da in diesem Fall das Verlangen des Klägers eine gesetzliche Eigenthumsbeschränkung des Beklagten, nämlich Verbot des Fabrikbetriebes, voraussetzte, vgl. unten Note 76. Die erstere Ansicht bringt auch Entwurf III. 193; ebenso Sächs. C.G.B. § 358.

[71] Gegen das Eindringen von Rauch und anderen Stoffen, deren Erzeugung mit der Haushaltung oder gewöhnlichen Bewirthschaftung des Nachbar-

liegendes Grundstück in der gewöhnlichen Benützungsweise [73] dauernd [74] gehindert werde und dadurch erheblichen Schaden leide [75]. Dem Beeinträchtigten ist ein Anspruch auf Beseitigung der betreffenden Veranstaltungen gegeben [76], und es steht diesem Anspruch weder der Um-

grundstückes verbunden ist, steht dem Eigenthümer kein Verbietungsrecht zu, vgl. unten § 128, 1.

[72] Erk. Lübeck 28/6 53. Sf. XI. 114 dann Dresden 28/8 58 und 11/5 58. Zeitschr. f. Rechtspf. und Verwaltung VIII. 83 und 341 ist ausgesprochen, daß bei indirekter Immission unmittelbares Angrenzen des Grundstücks nicht Voraussetzung des Verbietungsrechts sei.

[73] Erk. Dresden 17/12 43 Sf. III. 7 ist ausgesprochen, daß das Verbietungsrecht nicht zum Schutz einer außerordentlichen besonders gewinnreichen sondern nur der gewöhnlichen Art der Benützung gegeben sei. Erk. Mannheim 10/12 60. Sf. XIV. 113 weist daher die Klage eines Bleichinhabers gegen den Inhaber einer chemischen Fabrik wegen Beeinträchtigung seiner Bleichanstalt durch herabfallenden Ruß zurück, da der Inhaber einer Gewerbsanlage nicht erwarten könne, daß er durch ein anderes in der Nähe entstehendes Werk der Industrie niemals werde beeinträchtigt werden. Dagegen ist Erk. Lübeck, 28/6 53. Sf. XI. 114 in einem ähnlichen Fall dem Besitzer einer Bleichanstalt das Verbietungsrecht eingeräumt, weil die Benützung einer in der Nähe eines Flusses gelegenen Wiese zur Bleiche nicht eine ungewöhnliche durch die Natur des Grundstücks nicht gerechtfertigte Gebrauchsart sei.

[74] Die schadenbringende Anstalt muß auf einer causa perpetua beruhen, l. 19. pr. D. 8. 2. si talis sit usus tepidarii ut assiduum humorem habeat posse prohiberi eum. Hesse, Rechtsverhältnisse II. 18. vgl. unten § 128, 1.

[75] Daß der Eigenthümer durch die Veranstaltung positiv beschädigt worden sei, ist nicht Voraussetzung der actio negatoria, Hesse, Rechtsverhältnisse X. 31 und Jahrb. f. Dogmatik VI. 408 und VIII. 92, Erk. Celle 25/10 67. Sf. XXI. 208, und daher auch nicht des Verbietungsrechts bei indirekter Immission; dagegen muß eine Belästigung nachgewiesen sein, welche die gewöhnliche von jedem Eigenthümer zu tragende überschreitet, Spangenberg A. f. C.Pr. IX. 270, Vangerow § 297. 2, Holzschuher § 91, 12 c., und die daher erheblichen Nachtheil bringt Erk. Dresden 17/12 43. Sf. III. 7; Lübeck 28/6 53. Sf. XI. 114; Celle 25/10 67. Sf. XXI. 208. a. M. Pagenstecher, Eigenthum I. 120, der zerstörende Einwirkung für erforderlich hält.

[76] vgl. oben Note 70. Darunter ist indessen nicht zu verstehen, daß dem Nachbarn ein Recht, den Gewerbsbetrieb überhaupt zu verbieten, eingeräumt sei, er hat vielmehr nur das Recht, die Abstellung der schädlichen Veranstaltung demnach eine Einrichtung zu verlangen, bei welcher die Immission in das Nachbargrundstück vermieden wird. Erk. 20/8 67. Bl. XXXII. 430. Hier ist ausgeführt, daß die Benützung eines Grundstücks zu Brennerei ein bestimmungsmäßiger Gebrauch sei, und daß der durch den Rauch benachtheiligte Nachbar daher nicht Beseitigung der Brennerei sondern nur Herstellung einer schadenabwendenden Vorrichtung verlangen könne. Ebenso spricht Erk. 9/3 52. Bl.

stand entgegen, daß die Einrichtung landesherrlich concessionirt wurde [77], noch daß die beeinträchtigte Benützungsweise erst eintrat, als die schädliche Veranstaltung bereits bestand [78].

2. Der Grundeigenthümer darf keine Veranstaltungen treffen, welche das Eigenthumsrecht des Nachbarn an dem Untergrund beeinträchtigen. Anwendungsfälle sind:

a. Er darf nicht in den Untergrund des Nachbarn graben [79].

b. Er darf nichts in den Untergrund des Nachbarn leiten [80] und keine Veranstaltungen treffen in Folge deren das in den eigenen Unter-

---

XVII. 270 aus, daß nach Preußischem Recht dem Nachbar ein Anspruch auf Einstellung des Betriebs einer chemischen Fabrik nicht zustehe.

[77] Werenberg, Jahrb. f. Dogm. VI. 42; Erk. Dresden 17/12 43. Sf. III. 8. Erk. Mannheim 20/10 57. Sf. XII. 124 ist ausgesprochen, daß die Concession von der Ersatzpflicht nicht befreie, da diese nur mit dem stillschweigenden Vorbehalt der Privatrechte Dritter ertheilt werde. Ebenso erklärt Erk. München 16/4 61. Sf. XIV. 208, daß die ertheilte Concessionirung zum Gewerbbetrieb von der Verbindlichkeit zum Ersatz des etwa dadurch entstehenden Schadens nicht befreie. Daher kann die Concession auch nicht dem Verbietungsrecht des Nachbarn gegen schadenbringende Immission entgegen stehen, namentlich ist auch das nach V. 16/5 1863 bei der Anlage der nach Pol.Str.G.B. Art. 129 der polizeilichen Concession bedürfenden Gewerbs- und Fabrikanlagen zu beobachtende Verfahren ohne Einfluß hierauf, da Art. 5 dem zur Wahrung bestehender Privatrechtsverhältnisse eingelegten Einspruch der gerichtlichen Entscheidung zuweist, die hier angeordnete Vernehmung der Nachbarn und die Bescheidung ihres Widerspruchs daher nur administrativer Natur ist. Sowenig das Verfahren nach V. 6/5 1863 dem concessionirten Eigenthümer das Recht direkter Immisssion in das Nachbargrundstück gewährt, sowenig kann dadurch das Verbietungsrecht des Nachbarn gegen indirekte Immission ausgeschlossen sein.

[78] Erk. Lübeck 25/11 58. Sf. XV. 2.

[79] l. 13. § 1. D. 8. 4. Si constat in tuo agro lapidicinas esse invito te nec privato nec publico nomine quisquam lapidem caedere potest cui id faciendi jus non est. Pr. L.R. I. 8. 132. Ueberhaupt darf unter des Nachbarn Grund niemand graben. Vgl. oben § 110, 17. Kreittmayr, Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 8. 10: »Servitus suffodiendi ... rührt daher, daß sich das Eigenthum eines jeden Grundes vorgedachtermaßen saltem quoad dominium privatum nicht nur auf die Superficiem soli oder Oberfläche desselben sammt der darüber schwebenden Luft bis an den Himmel sondern auch an die darunter liegende Erde bis an die Hölle erstreckt, woraus sich von selbst ergiebt, daß man fremden Grund nicht untergraben darf."

[80] l. 8. § 5. D. 8. 5. et ex superiore in inferiora non aquam non quid aliud immitti licet.

grund geleitete durch natürliche Ausbreitung in den Untergund des Nachbarn dringt [81].

c. Der Nachbar braucht sich das Uebergreifen der Wurzeln des Nachbarbaumes nicht gefallen zu lassen; er hat dagegen ein Verbietungsrecht und gemeinrechtlich ist das Interdictum de arboribus caedendis analog anwendbar [82].

3. Der Eigenthümer muß alle Handlungen unterlassen, welche eine direkte Einwirkung auf die Oberfläche des Nachbargrundstücks enthalten. Anwendungsfälle sind:

a. Der Eigenthümer ist nicht befugt, Flüssigkeiten auf das Grundstück des Nachbarn abzuleiten [83], oder Veranstaltungen zu treffen, in Folge deren Flüssigkeiten ständig auf das Nachbargrundstück sich verbreiten [84].

b. Der Eigenthümer darf keine Veranstaltungen treffen, wodurch

---

[81] Erk. Dresden 11/5 44. Sf. III. 7. Die oben Note 70 aufgestellten Grundsätze bezüglich indirekter Immission in den Luftraum finden ebenso bei indirekter Immission in den Untergrund Anwendung a. M. Hesse Jahrb. f. Dogm. VIII. 121, 55. Erschütterung des Untergrundes, die sich in das Nachbargrundstück verbreitet, und dieses beeinträchtigt, läßt sich nicht als Immission auffassen, und gewährt daher nur einen Anspruch auf Schadensersatz. Erk. Dresden 1857. Z. f. R.Pfl. XVI. 433, Mannheim 20/10 57 Sf. XII. 124. vgl. Holzschuher § 91. Nr. 12. c. Förster, P. P.R. 169, 14.

[82] l. 6. § 2. D. 47. 7, l. 1. Cod. 8. 1, Becker, Jahrb. V. 171, Erk. Dresden 16/1 63. Sf. XVII. 7. Nach Pr. L.R. I. 9. 287. 288. oben Note 61 darf der Eigenthümer die Wurzeln wie die Aeste abhauen, muß aber das Holz abliefern. Entw. III. 198. Wurzeln, die von dem benachbarten Grundstück in das andere hinüberlaufen, darf der Eigenthümer des letzteren abstoßen und für sich behalten.

[83] Dieß findet namentlich Anwendung in dem Traufrecht, unten § 126, 7.

[84] l. 19. pr. D. 8. 2. Sed Neratius ait si talis sit usus tepidarii ut assiduum humorem habeat, et id noceat vicino, posse prohiberi eum. l. 17. § 2. D. 8. 5. Secundum cujus parietem vicinus sterculinum fecerat, ex quo paries madescebat, consulebatur quemadmodum posset vicinum cogere ut sterculinum tolleret; respondi, si in loco publico id fecisset, per interdictum cogi posse, sed si in privato, de servitute agere oportere. Erk. 21/10 56. Bl. XXII. 85 ist die Entschädigungspflicht des Fiskus für den durch Durchsickern des Wassers des Ludwigkanals entstehenden Schaden anerkannt. Analog wird den Anliegern ein Anspruch auf Beseitigung der betreffenden Veranstaltung nämlich Umbau der fehlerhaft construirten Stelle zugestanden werden müssen.

fremde Stoffe ständig auf das Grundstück des Nachbarn geworfen werden [85].

II. Arten des Eigenthums.

§ 119.

1. Volles und getheiltes Eigenthum [1].

Schon die Glossatoren nahmen die Möglichkeit einer Theilung des Eigenthums seinem Inhalt nach an, indem sie in den Fällen, in welchen das römische Recht dem dinglich Berechtigten eine utilis rei vindicatio einräumte ihm ein dem entsprechender dominium utile zusprachen, von welchem sie das Recht des Eigenthümers als dominium directum unterschieden (Ober- Untereigenthum). Daß diese Unterscheidung aller Begründung im römischen Recht entbehre, ist keinem Zweifel unterworfen [2]. Dagegen ist es bestritten, ob diese Unterscheidung nicht den Grundsätzen des deutschen Rechts entsprechend in unser neueres Recht übergegangen sei, was von den einen verneint [3] von den anderen bejaht wird [4]. Die letztere Auffassung ist in dem bayrischen

---

[85] l. 8. § 5. D. 8. 5. jus illi non esse in suo lapidem caedere ut in meum fundum fragmenta cadant. Erk. München 16/4 61. In Anwendung dieser Bestimmung ist C.C.E. 27/6 63. Moritz II. 433 ausgesprochen, daß für Entscheidung der Frage, ob die auf dem Exercierplatz bei Augsburg von der Militärbehörde angeordneten Schießübungen für die dadurch in der Benützung ihres Eigenthums gehinderten Besitzer der Nachbargrundstücke ein Einspruchsrecht gewähren, die Civilgerichte competent seien. Von manchen wird auch die Haftpflicht der Eisenbahnverwaltungen für die durch den Eisenbahnbetrieb entstehenden Brandschäden aus dem Verbot der Immission abgeleitet, s. Holzschuher II. § 92. 12 c. am Ende, allein wie mir scheint, ohne Grund, da hier keine causa perpetua vorliegt. Die Haftpflicht der Eisenbahnverwaltung für Brandstiftung durch Locomotivfunken ist keine andere als die des Eigenthümers oder jedes dritten für Brandstiftung durch weggeworfene Brandstoffe, z. B. ein brennendes Zündhölzchen, und wird daher hier nur im Obligationenrecht dargestellt.

[1] Duncker, über dominium directum und utile Z. f. d. R. II. 177—212. Beseler, Pr.R. § 82. Förster, P. P.R. § 183.

[2] Thibaud, Versuche II. 71 f. Pagenstecher, Eigenthum I. 12—15. Vangerow, Pandekten § 302. Windscheid § 169[a], 9.

[3] Duncker, Z. f. d. R. II. 177 f. Hillebrand, P.R. § 44. Gengler, Pr. R. S. 204. Förster, P. P.R. § 167, 25.

[4] Mittermair, P.R. § 156. Maurenbrecher, P.R. § 244. Walter, P.R. § 132. Beseler, P.R. § 82.

Recht anerkannt, indem nicht nur das Bayrische [5] und Preußische Landrecht [6], sondern auch die allgemeinen Gesetze den Bestand dieser Unterscheidung voraussetzen [7]. Es war dieß schon vorher nicht dahin zu verstehen, daß die Ausscheidung in dem Belieben des Eigenthümers liege, sondern sie wurde nur auf bestimmte Rechtsinstitute angewendet [8], nämlich die bäuerlichen Leihen, die Lehen, Familienfideicommisse und das Platzrecht; durch die neuere Gesetzgebung ist indessen das Verhältniß auf die letzteren beschränkt, und die weitere Ausscheidung gesetzlich verboten [9].

---

[5] Bayr. L.R. II. 2. 2. »directum et utile wird genannt, wenn die Sach mehr Herren hat, und einem davon die Grundherrschaft, dem andern aber nur das nutzbare Eigenthum, wie z. E. bei Lehen, Erbrecht, Leibgeding, veranleiteter Freistift und anderen dergleichen Gütern zusteht." Vgl. auch L.R. IV. 7. 1 und IV. 18. 1. Kreittmayr, Anm. d. zu L.R. II. 2. 2. bezeichnet es als eine Art des dominium civile: „Die Römer haben verschiedenen Handlungen, welche nach dem natürlichen Recht weiter nichts als eine Personalklag nach sich ziehen konnten ein jus reale oder gar das dominium ex aequitate beigelegt, um sich nur desto besser gegen jedermäniglich dadurch zu retten und defendiren zu können. Eine solche Gattung von dominio civili haben wir z. E. an dem unten vorkommenden dominio utili .... und endlich auch an dem Eigenthum, welches dem Ehemann in dote ... beigelegt ist." Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß Kreittmayr das dominium civile des Ehemannes an den Dotalsachen als bloßes Nutzungsrecht auffaßt, und daher dem dominium utile gleichstellt. s. Krüll, Handbuch § 203.

[6] Pr. L.R. I. 8. 19 und 20: „Wer nur die Proprietät der Sache ohne das Nutzungsrecht hat, wird Eigner genannt. Wer Miteigner der Proprietät ist, dem wird ein nutzbares Eigenthum der Sache beigelegt." In besonderer Anwendung ist dieß ausgesprochen für Lehen I. 18. 13; für Familienfideicommisse II. 4. 72 und Erbzinsgüter I. 18. 683, nicht aber für Erbpacht, der nur ein dingliches Recht gewährte I. 21. 187. Vgl. Förster, P. P.R. § 183, 15.

[7] Lehenedikt 7/7 1808. § 79 und 85. Fideicommißedikt § 44. Ablösungsgesetz 28/5 1852. Art. 17.

[8] Erk. 4/6 51. Bl. XVII. 29 ist zwar angenommen, daß in dem Eigenthum Proprietät und Nießbrauch als verschiedene unter Umständen trennbare Ausflüsse und Befugnisse verbunden seien und daher einer Stadtgemeinde die Proprietät, einer Schützengesellschaft das beschränkte Nutzungsrecht eines Grundstücks zugesprochen; diese Auffassung steht indeß vereinzelt und ist ausdrücklich als nicht zuläßig erklärt Erk. 21/6 51. Bl. XVIII. 60.

[9] Ges. 28/5 52. Art. 16. 17: „Mit dieser Fixirung der Besitzänderungsabgaben consolidirt sich das Eigenthum in der Person des Grundholden und derselbe übernimmt die der bisherigen Dominicalsteuer entsprechende Grundsteuer vom Handlohn. Vom Erscheinen dieses Gesetzes an darf keine Verleihung unter Vorbehalt des Obereigenthums ... mehr stattfinden." Diese Bestimmung ist

§ 120.

2. Gemeinschaftliches Eigenthum.

Gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, daß an derselben Sache nicht gleichzeitig mehreren Rechtssubjekten das Eigenthum im Ganzen zustehen kann [1]. Obwohl die Geltung dieses Rechtssatzes nach römischem Recht außer allem Zweifel ist, wird doch die gemeinrechtliche Gültigkeit vielfältig bestritten auf Grund der Annahme, daß das deutsche Recht in dem bei einzelnen Rechtsinstituten [2] sich findenden Gesammteigenthum [3] ein Rechtsverhältniß ausgebildet habe, auf welches der erwähnte Rechtssatz nicht Anwendung finden könne. In der Erklärung dieses Rechtsverhältnisses herrscht übrigens keine Uebereinstimmung. Die ältere Theorie ging dahin, das Gesammteigenthum sei ein solidarisches Eigenthum mehrerer Rechtssubjekte an derselben Sache in der Art daß sie jedem derselben ganz zustehe [4]. Diese Auffassung war im vorigen Jahrhundert nicht nur unter Germanisten [5] sondern auch unter

---

zwar nur bei Gelegenheit der Aufhebung des gutsherrlichen Verbandes erlassen, allein sie schließt die fernere Begründung des getheilten Eigenthums überhaupt aus. Pözl, Comm. in Dollmann, G.G. I. 1. 213. Das Rechtsverhältniß des Platzrechts der Lehen und Familienfideicommisse wird erst unten in den betreffenden Abschnitten näher erläutert.

[1] l. 5. § 15. D. 13. 6. duorum ... in solidum dominium vel possessionem esse non posse.

[2] In der Regel werden hieher gerechnet Gesammtbelehnung, Stammgüter und Familienfideicommisse, Erbverbrüderung und Ganerbschaft, Markgenossenschaft, eheliche Gütergemeinschaft; andere dehnen es aus auf den Deichverband, das Bergwerkseigenthum, die Aktiengesellschaften und ähnliche Verhältnisse.

[3] vgl. Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft, Kiel 1808. Stobbe, Miteigenthum und gesammte Hand, Z. f. R.G. IV. 207—248. Dunker, das Gesammteigenthum, Marburg 1843. Eichhorn, Pr.R. § 168. 169. Mittermair, Pr.R. § 155. Beseler, P.R. § 83. Gengler, Pr.R. § 51. Hillebrand, Pr.R. § 45. Gerber, Pr.R. § 78. Förster, P. P.R. § 167.

[4] Dieß ist die Erklärung des Begründers der ganzen Lehre J. Veracius, libellus consuetudinum Bambergensium p. 67: per eam sic utriusque conjugis bona confunduntur, ut quivis eorum totius patrimonii in solidum dominus sit ... et maritus et uxor jure dicere potest totum patrimonium meum est.

[5] s. namentlich Lange, Gütergemeinschaft 162. Scheerer, verworrene Lehre I. 97. Danz, Handbuch II. § 263.

Romanisten [6] verbreitet, ist aber nun allgemein aufgegeben [7]. Soweit der Fortbestand einer derartigen Unterscheidung angenommen wird, wird er ausschließlich auf die besondere Beschaffenheit des Rechtssubjekts zurückgeführt [8]. In früherer Zeit wurde dieß dahin formulirt, die Mehrheit der Rechtssubjekte sei in ihren Beziehungen zur Sache als Einheit anzusehen, welcher juristische Persönlichkeit beizulegen sei [9]. Dagegen unterscheidet Beseler das Gesammteigenthum der Corporationen und corporationsähnlichen Genossenschaften und der zu einer materiellen Rechtsgemeinschaft verbundenen Einzelberechtigten, der Gesammthand [10]; Stobbe endlich verwirft das erstere, erkennt aber das letztere an [11].

---

[6] Hofacker, Principia II. § 909. Dabelow, Handbuch I. § 730. Glück, Commentar VIII. 79.

[7] s. dagegen Hasse, Revision S. 14. Windscheid § 169. a. 8. Diese Auffassung wird jetzt auch von denen verworfen, welche neben dem Miteigenthum ein Gesammteigenthum annehmen, s. Beseler, Pr.R. § 83. Schüler in Ortloff, Juristische Abhandlungen I. 495. Stobbe, Z. f. R.G. IV. 210.

[8] Beseler, Pr.R. § 83. „Die Möglichkeit des Gesammteigenthums liegt in der besonderen Beschaffenheit des Rechtssubjekts."

[9] Hasse, Revision § 25 hatte die Vereinigung des Vermögens bei der ehelichen Gütergemeinschaft daraus erklärt, daß die mehreren physischen Personen in Hinsicht des gemeinschaftlichen Vermögens als eine juristische oder moralische Person angesehen würden. Dieß hatte Eichhorn, Pr.R. § 168 als allgemeinen Gesichtspunkt für das Gesammteigenthum aufgestellt. „Beiden Arten von Rechtsverhältnissen kann man wohl nur den Rechtsbegriff unterlegen, daß dabei eine moralische Person als das Subjekt des Eigenthums gedacht und die Ausübung der in dieser enthaltenen Rechte als selbstständige Befugniß der einzelnen angesehen werden müsse." Damit übereinstimmend sagt Seuffert, reclamatio uxoria § 2: hic autem quae concurrunt personae plures non ut singuli sed quasi universitatem constituentes personae moralis speciem prae se ferunt. Es ist nur eine Modification des Ausdrucks wenn Bluntschli, Pr.R. § 58. Nr. 5 sagt, das Gesammteigenthum schließe sich an die genossenschaftliche Art des Subjekts an.

[10] Beseler, Pr.R. § 83. Er rechnet zu den ersteren die Markgenossenschaften, Aktiengesellschaften, Gewerkschaften und das Familienvermögen des hohen Adels; zu den letzteren die Gesammtbelehnung, die Vergabung von Todeswegen und die eheliche Gütergemeinschaft.

[11] Stobbe, Z. f. R.G. IV. 236 f. Er verwirft die Annahme eines Gesammteigenthums bei Corporationen und corporationsähnlichen Genossenschaften (210), constatirt, daß dem deutschen Recht das Miteigenthum zu ideellen Theilen bekannt gewesen sei, theils einfach (221), theils modificirt durch Ausschließung der Quotentheilung der Nutzung und Beschränkung der Disposition über den Werthantheil (228—236), unterscheidet jedoch hievon das Gesammteigenthum der

In neuerer Zeit hat sich jedoch auch vom Standpunkt des deutschen Rechts aus die überwiegende Meinung gegen die Annahme eines Gesammteigenthums erklärt [12], womit das Bayrische [13] und das Preußische Landrecht [14] übereinstimmen. Auch in der bayrischen Praxis finden

---

gesammten Hand, als dessen characteristisches Merkmal er das ausschließliche gegenseitige Successionsrecht der Gesammthänder bezeichnet (237). Als Anwendungsfälle führt er auf: ungetheilte Erbschaft (237), Gesammtbelehnung (243) und Gesammtverleihung eines Bauerngutes (247). Ueber das Rechtsverhältniß der ehelichen Gütergemeinschaft äußert er sich nicht, seiner Auffassung würde jedoch nur die Annahme eines Miteigenthums entsprechen, da das von ihm aufgestellte Unterscheidungsmerkmal der Gesammthand, das ausschließliche Successionsrecht der Gesammthänder, hier nicht vorliegt. Die Auffassung Stobbe's statuirt daher das Gesammteigenthum nur für ältere jetzt nicht mehr praktische Verhältnisse.

[12] Dagegen erklären sich: Mittermair, P.R. § 155, Maurenbrecher, P.R. § 211, Walter, P.R. § 122, Hillebrand, P.R. § 45, Gengler, P.R. § 51, Gerber, P.R. § 77, Förster, P. P.R. § 168, 29, Windscheid § 169 a., 8 und Duncker in der Note 3 erwähnten Schrift.

[13] Von manchen wird das Bayrische Landrecht unter denjenigen Gesetzbüchern aufgeführt, welche den Begriff des Gesammteigenthums recipirt haben, s. Gengler, Pr.R. § 51, allein ohne allen Grund, da sich Kreittmayr ganz unumwunden dagegen ausgesprochen hat Anm. 19 zu Bayr. L.R. II. 2. 16: „Sofern man anders unter diesem (dominium in solidum) ein solches dominium verstehet, welches einem jeden aus mehr dominis vollkommen und illimitate zustehet, denn dieses ist sowenig als possessio in solidum möglich ... und wenn man gleich einwendet, daß solches so gut als obligatio correalis in solidum Platz greifen könne, so wird doch hierauf erwiedert, daß ein correus debendi vel credendi kein so vollkommen und uneingeschränktes Recht habe, wie es bei dem dominio in solidum supponirt wird, Franz ibid. p. 22. allwo er diese Controvers ... weitläufig tractirt, endlichen aber sothanes dominium in obverstandenem sensu ebenfalls für eine bloße Chimere hält." Die gesetzlichen Bestimmungen selbst lassen nicht den geringsten Zweifel darüber aufkommen, daß das Bayrische Landrecht kein anderes Rechtsverhältniß als das des ungetheilten Miteigenthums kennt.

[14] Pr. L.R. I. 8. 14. 15. „Wenn das volle Eigenthum über eine Sache mehreren Personen zukommt, so ist ein gemeinschaftliches Eigenthum vorhanden. Die Personen, welche ein solches gemeinschaftliches Eigenthum haben, werden Miteigenthümer genannt." I. 17. 1. „Gemeinschaftliches Eigenthum ist dann vorhanden, wenn dasselbe Eigenthumsrecht über eine Sache oder ein Recht mehreren Personen ungetheilt zukommt." Hierin sahen früher manche die Anerkennung des Gesammteigenthums s. die bei Förster, P. P.R. § 182, 3—5 und Göppert, Miteigenthum 2 angeführten, während andere das gemeinrechtliche Miteigenthum auch für das Preußische Recht als Grundlage annehmen Borne-

sich Anknüpfungspunkte für die Reception der Lehre [15], jedoch keineswegs allgemeine Anerkennung [16]. Ihre Anwendung würde sich, da das Verhältniß der Markgenossenschaften bei uns nicht vorkommt [17],

---

mann IV. 1, Heydemann I. 406. Neuerdings ist dieß von Göppert, Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum 1—40 wiederholt nachgewiesen und auch in der Preußischen Praxis anerkannt. Gutachten des Obertribunals 24/8 1840 Pr. Just.Min.Bl. 1840, 372; Erk. Berlin 20/2 60 und 5/2 61 Striethorst XXXVII. 47 und XL. 523. Vgl. auch Förster, P. P.R. § 182.

[15] So namentlich für das Rechtsverhältniß der allgemeinen Gütergemeinschaft s. die Erkenntnisse oben § 60, 7 und allgemein Erk. 15/2 41. Bl. VI. 270. Ganz eigenthümlich ist der bayrischen Praxis die Verwechslung der technischen Ausdrücke, indem sie das ungetheilte Miteigenthum als condominium pro diviso das Gesammteigenthum als condominium pro indiviso bezeichnet. Veranlassung gab zunächst Gönner, der Commentar I. 125 und II. 211 Miteigenthum (condominium) im eigentlichen Sinn und Gesammteigenthum (condominium pro indiviso) unterscheidet und als Merkmal anführt, daß bei ersterem, das er wahres Miteigenthum oder Miteigenthum zu intellektuellen Theilen nennt, jeder die Theilung verlangen könne, während bei letzterem das Eigenthum nur der Gesammtheit zustehe, deren Begriff die Antheile einzelner ausschließe. Für das erstere brachte dann Lehner die Bezeichnung condominium pro diviso auf Hypothekenrecht § 28 ... „bei dem eigentlichen Miteigenthum condominium pro diviso ... wenn jeder die Theilung der Sache verlangen und seinen Antheil veräußern kann ... dagegen auf einer Sache, die sich im Gesammteigenthum condominium pro indiviso befindet ...“ und Hypothekenamtsordnung S. 91: „Der Natur der Gütergemeinschaft, wenn dieselbe nur ein Miteigenthum nach intellektuellen Antheilen condominium pro diviso in sich schließt.... Besteht nun unter den Eheleuten ... ein Gesammteigenthum condominium pro indiviso, oder denselben steht das Eigenthum nach intellektuellen Antheilen condominium pro diviso zu...“ Diese Terminologie ist unverändert in spätere Darstellungen übergegangen z. B. Nibler, Handbuch des H.R. § 28, Jungermann, Handbuch des H.R. § 167, Schelhaß, Darstellung des Würzburger Landrechts § 36, 1, A.E. 6/7 57. Arends V. 184, sie entspricht aber weder den Quellen, noch ist sie irgendwo sonst gebraucht. Es findet sich nämlich für Bezeichnung des Gesammteigenthums öfter der Ausdruck: condominium plurium in solidum et pro indiviso, aber nirgends sonst findet sich im Gegensatz dazu das römische Miteigenthum als condominium pro diviso bezeichnet. Der Ursprung dieser fehlerhaften Bezeichnung dürfte auf einen Druckfehler in den Anmerkungen zum Bayrischen Landrecht zurückzuführen sein, vgl. unten Note 43.

[16] Erk. 21/6 51. Bl. XVIII. 61 ist ausgesprochen, daß von mehreren Personen nicht eine jede Eigenthümer der ganzen Sache sein könne; die oben § 60, 12 angeführten Erkenntnisse nehmen für die allgemeine Gütergemeinschaft Miteigenthum an.

[17] Auch in der bayrischen Praxis wurde in einzelnen Fällen die Realge-

die Gesammtbelehnung ausdrücklich ausgeschlossen [18], die Erbverbrüderung nnd Ganerbschaft [19] nicht mehr praktisch, das Verhältniß der Familienfideicommisse [20] und Aktiengesellschaften [21] gesetzlich anders begründet ist, ohnehin auf das Verhältniß der ehelichen Gütergemeinschaft beschränken, wozu jedoch weder in der historischen Entwicklung noch in der jetzt geltenden Ausbildung des Instituts Veranlassung gefunden werden kann [22]. In unserem Recht findet sich daher neben dem Alleineigenthum nur das Miteigenthum des gemeinen Rechts. Gemeinrechtlich [23] wird eine doppelte Art des Miteigenthums unter-

---

meinde von der Ortsgemeinde unterschieden vgl. z. B. Erk. 19/1 56. Bl. XXII. 105, Brater, Commentar zum Forstgesetz in Dollmann G.G. II. 1. 414. Dieß ist durch die Bestimmung der Gem.O. Art. 37 ausgeschlossen, welche nur Gemeindeeigenthum und Privateigenthum oder gemeinschaftliches Privateigenthum kennt vgl. oben § 39, 2. Für das bayrische Recht ist daher die Frage, welches Rechtsverhältniß bei der Markgenossenschaft anzunehmen sei, gegenstandslos; ebenso nach preußischem Recht Göppert, Miteigenthum 10.

[18] Lehenedikt 1808 § 61: Eine Mitbelehnung findet in keinem Falle statt. Die von dem ersten Erwerber abstammenden Lehenerben bedürfen derselben nicht; anderen kann sie nicht ertheilt werden.

[19] Kreittmayr, Anm. 9 zu L.R. III. 11. 1 führt die Erbverbrüderungen als Erbverträge der Reichsstände, und Anm. 10 die Ganerbschaften als vereinzelte Ueberbleibsel des Faustrechts auf; beide waren schon zu seiner Zeit nicht mehr privatrechtlicher Natur; das gleiche gilt nach Preußischem Recht Göppert, Miteigenthum 6 und 8. Auch gemeinrechtlich wird die Erbverbrüderung auf den hohen Adel beschränkt Beseler, E.V. III. 100, P.R. §. 174, 9.

[20] In dem bayrischen Recht ist das Princip des preußischen Rechtes angenommen, wonach das Fideikommißgut im Miteigenthum des Nutzungsberechtigten und der Anwärter steht F.E. § 43, Förster, P. P.R. § 183, Göppert, Miteigenthum 9. Keinenfalls ist daher nach bayrischem Recht der Gesichtspunkt des Gesammteigenthums hier anwendbar.

[21] vgl. oben § 42, 8 und 45. Zu diesen sind auch die Gewerkschaften zu rechnen, bei welchen die Voraussetzungen, welche nach unserem Recht für den Bestand der juristischen Person entscheiden, gesetzlich festgestellt sind Berggesetz, Art. 87 und 89.

[22] vgl. oben § 60, wo nachgewiesen ist, daß die Annahme eines Miteigenthums der Ehegatten an dem gemeinsamen Vermögen nicht nur für unser jetziges Recht der ausschließlich anwendbare Gesichtspunkt sei, sondern daß dieß auch für das ältere Recht angenommen werden müsse; über letzteres vgl. oben Note 11.

[23] Wächter, A. f. C.Pr. XXVII. 177, 31 und W. P.R. § 43, 9. Unger, Ö. P.R. § 51, 17. Windscheid § 140, 2. In Berücksichtigung des Sprachgebrauchs der Quellen erscheint es als völlig gerechtfertigt getheiltes und ungetheiltes Miteigenthum zu unterscheiden, wie dieß auch von Kreittmayr, Anm. 8 d. zu L.R. II. 2. 13 unten Note 30 geschieht, und für das bayrische Recht gar

schieden, das getheilte und das ungetheilte Miteigenthum [24].

I. Getheiltes Miteigenthum (condominium pro diviso). Unsere Quellen unterscheiden den Fall, daß bei Realtheilung einer Sache die einzelnen Theile äußerlich nicht getrennt werden, und daher in dem bisherigen Zusammenhang verbleiben [25]. Hier liegt nur scheinbar eine Gemeinschaft vor, in Wirklichkeit stehen die einzelnen Theile in ausschließlichem Eigenthum des Einzelnen [26]. Besondere Anwendungsfälle sind:

1. Bei Privatflüssen, deren Ufer verschiedenen Eigenthümern gehören, bildet die durch die Mitte des Flusses nach Maaßgabe des mittleren Wasserstandes gezogene Linie die Grenze [27], und es leidet dieß auch auf die in Privatflüssen entstehenden Inseln Anwendung [28]. Bei öffentlichen Flüssen bildet die nach dem mittleren Wasserstand des Flusses zu ziehende Linie die Grenzlinie zwischen dem Eigenthum an dem Flußbett und an dem Uferrand [29].

---

nicht vermieden werden kann vgl. unten Note 27, 31, 33 f. Da das Preußische Landrecht keine darauf bezügliche Bestimmung enthält, so könnte man der Meinung sein, daß diesem der Begriff des getheilten Miteigenthums fremd sei umsomehr als hier das Rechtsverhältniß an dem Grenzbaum als ungetheiltes Miteigenthum aufgefaßt ist, während gemeinrechtlich gerade hier getheiltes Miteigenthum angenommen wird unten Note 30; allein durch die Bestimmung über gemeinschaftliche Mauern ist die Unterscheidung thatsächlich auch im Preußischen Recht aufgenommen vgl. unten Note 32.

[24] Ueber das Miteigenthum vgl. Gesterding, Eigenthum 39 f. Pagenstecher, Eigenthum I. 23 f. Schmid, Handbuch I. § 2. Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III. 239 f. Göppert, Beiträge zur Lehre von Miteigenthum, Halle 1864. Windscheid 169 a. Förster, P. P.R. § 182.

[25] l. 29. D. 41. 1. Inter eos, qui secundum unam ripam praedia habent, insula in flumine nata non pro indiviso communis fit, sed regionibus quoque divisis; quantum enim ante cujusque eorum ripam est tantum veluti linea in directum per insulam transducta quisque eorum in eo habebit certis regionibus. l. 5. § 16. D. 27. 9. Communia praedia accipere debemus si pro indiviso communia sint; caeterum si pro diviso communia sint...

[26] Wächter, W. P.R. II. § 43, 9. Schmid, Handbuch § 2, 4. Windscheid § 140, 2.

[27] Wassergesetz Art. 39.

[28] Wassergesetz Art. 44. Reicht die Insel über die Mitte des Flusses, so theilt sich dieselbe unter die Eigenthümer der beiderseitigen Ufer nach Maaßgabe einer durch die Mitte des Flusses bei mittlerem Wasserstand zu ziehenden Linie.

[29] Wassergesetz Art. 18. 19.

2. Die auf der Grenze befindlichen Erzeugnisse des Bodens sind gemeinrechtlich nach Maaßgabe der Grenzlinie getheilt, solange sie sich in dem Boden befinden, während sie zu intellektuellen Theilen gemeinsam werden, sowie sie herausgenommen sind [30].

3. Mauern Zäune und Hecken, welche Nachbargrundstücke trennen sind gemeinrechtlich entweder Alleineigenthum des einen oder Miteigenthum der Nachbarn [31]. Nach einzelnen Statuten jedoch ist das Eigenthum daran nach Verhältniß der Grenzlinie getheilt [32].

---

[30] l. 19. D. 10. 3 Arbor quae in confinio nata est, item lapis, quae in utrumque fundum extenditur, quamdiu cohaeret fundo, e regione cujusque finium utriusque sunt, nec in communi dividundo judicium veniunt. Sed cum aut lapis exemtus aut arbor eruta vel succisa est, communis pro indiviso fiet, et veniet in communi dividundo judicium, nam quod erat finitis partibus rursus confunditur. Vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse II. 187, Vangerow § 329, Anm. 2, Kreittmayr, Anm. 8. d. zu L.R. II. 2. 13: „Steine, welche zum Grenzzeichen bestimmt worden oder wenigstens auf der Grenze stehen, sind zwischen beiden angrenzenden Theilen gemeinschaftlich ... jedoch nicht pro indiviso sondern pro diviso und dergestalt, daß sie jedem Adjacenten pro regione und soweit als sich selbe in den Grund eines jeden erstrecken, von Rechts wegen zugehören ... welche Beschaffenheit es auch mit dergleichen Bäumen hat." Dagegen gibt Pr. L.R. I. 9. 286 den Nachbarn das Miteigenthum zu intellektuellen Theilen, und dasselbe bestimmt Entwurf III. 196: Steht der Stamm auf der Grenze, so haben die Nachbarn an dem Baume das Miteigenthum zu gleichen Theilen.

[31] vgl. unten Note 76.

[32] München, B.O. Art. 29. Item wo zwen nachpaurn in ir beeder schidmaurn zu kästeln oder sitzen gegen ainander brechen, sollen sie entzwischen ainen halben stain lassen, und mag sonst ain yeder in seinen thail mauren zu kästeln, kümich, oder sitzstetten brechen, doch seinen nachpaurn unschedlich; und wellicher fürbaser ain sitzstat brechen will in sein mauer, sol tiefer nit brechen, dann ains halben stains und acht werchschuch lang, und soll darüber pögen schließen. Regensburg, W. G.O. XV. 2. Were es aber ein gemeine Maur, daran sie beede gleichen theil hetten, alßdann so mag ein jedwederer wol biß auff seinen halben derselben gemeinen Maur Träm einlegen, Kästen oder Behalter einsetzen, oder Bögen machen lassen; jedoch so sollen gleichwohl solche gemeine Mauren nicht sehr mit dem brechen hin und wider beschädigt werden, darauß etwann der Mauren ärgernuß, dessen Hauß oder andern Häusern und Gemächern brunst halben Nachtheil entstehen möge. Würzburg, Stadtbaurecht IV. 3: Wann eine Mauer gemeinschaftlich zwischen zwei Nachbarn ist, so kann zwar keiner eine Thür oder Fenster ganz durchbrechen, jeder aber darf auf die Hälfte der Mauerbalken auflegen auch einstecken, bis zur Halbscheid, Tragsteine einsetzen und soweit Bogen daran machen, eine Feuerstatt daran halten und dergleichen nach Gefallen thun. Die gleiche Bestimmung des A. B. Gb. § 855. „Jeder Mit-

4. Das Herbergsrecht. Gemeinrechtlich [33] und nach Preußischem Recht [34] können Häuser nicht horizontal sondern nur vertikal getheilt werden. Abweichend hievon gestatten mehrere bayrische Statuten [35] entsprechend der auch in anderen deutschen Rechtsgebieten sich

---

genosse kann eine gemeinschaftliche Mauer auf seiner Seite bis zur Hälfte in der Dicke benützen, auch Blindthüren und Wandschränke dort anbringen wo auf der entgegengesetzten Seite noch keine angebracht sind ..." wird von Unger, Ö. P.R. § 51, 18 und Randa, Besitz 158 mit Recht dahin ausgelegt, daß dieses Verhältniß nicht als ungetheiltes sondern als getheiltes Miteigenthum anzusehen sei. Dieß ist auch für das Preußische Recht maaßgebend, das die gleiche Bestimmung enthält L.R. I. 8. 135. „Eine gemeinschaftliche Mauer kann jeder Nachbar an seiner Seite bis zur Hälfte der Dicke zu seinem Nutzen brauchen, insoferne dadurch dem Gebäu selbst kein Nachtheil geschieht." Ebenso bestimmt Entw. III. 204. „Jeder Miteigenthümer einer gemeinschaftlichen Mauer darf auch ohne Einwilligung des andern die Mauer bis zur Hälfte ihrer Dicke benützen, an dieselbe anbauen, Vertiefungen anbringen, auch sie erhöhen oder Gebäude darauf stützen, soweit dies ohne Nachtheil für die Mauer geschehen kann." Aus Pr. L.R. I. 8. 135 folgert Erk. 13/5 61. Bl. XXIX. 271, daß jeder Eigenthümer die Befugniß habe, auf der Hälfte der Mauer in die Höhe zu bauen.

[33] l. 6. § 1. D. 8. 4. Plane si divisit fundum regionibus et sic partem tradidit pro diviso potest alterutri servitutem imponere ... quod et in aedibus potest dici si dominus pariete medio aedificato unam domum in duas diviserit vgl. Savigny, Obligationenrecht § 29, c. Zaun, A. f. C.Pr. XLIII. 218 f. Girtanner in Jhering, Jahrb. f. Dogm. III. 287 f. Unger, Ö. P.R. § 51, 23. Randa, Besitz 164, 12. In Erk. Cassel 21/3 48. Sf. XIV. 10 und Stuttgart 4/6 64. Sf. XVIII. 242 ist dieser Grundsatz unbedingt anerkannt. Erk. Kiel 6/11 51. Sf. VI. 152 bezeichnet das Rechtsverhältniß der Trennung nach Stockwerken als Begründung eines Platzrechts oder einer servitus oneris ferendi.

[34] vgl. Förster, P. P.R. § 160, 27 und 168, 36. Gruchot, Beiträge VI. 107.

[35] Nürnberg, Ref. XXVI. 10: Wann ainer unter dem andern ain Keller, Gewelb, Kammern oder ander gepew hette, der soll dieselben undergepew notürftigklich versehen vnd versorgen, damit der Ober zu seiner noturft nach der Stat Recht vnd ordnung darauf pawen möge, doch das ainer den andern, vnd zuvoran der Ober den vndern nit vbermessig beschwere, welches zu erkantnus der verordenten Pauherren steen soll. F. Salzburgische Einstandsordnung 31/12 1801. § 16: Alles dasjenige, was hier von der Ausübung des Einstandsrechtes bei dem unter mehreren getheilten Besitz einer Sache überhaupt verordnet worden ist, gilt auch vorzüglich bei dem Verkauf einzelner Stockwerke oder Hausböden, jedoch soll was den Vorzug unter mehreren solchen Einstandsberechtigten anbelangt dieser zwar zuerst dem Besitzer des größeren Antheils in Gemäßheit des § 13 hernach aber demjenigen, dessen Hausantheil an den an einen andern verkauften Antheil desselben Hauses unmittelbar anstößt, eingeräumt werden, ehe

findenden Uebung [36] Abtheilung der Häuser nach einzelnen Wohnungsräumen, und es scheint dieß in unserer Praxis allgemein als zuläßig

---

noch auf die frühere gerichtliche Anmeldung oder die Entscheidung durch das Loos Rücksicht genommen wird. St. Kempten, St. VI. 21. (Karrer 358): Zum Anfall berechtigt sind die Theilnehmer eines Hauses oder Herberge... In München sind nicht nur in den jetzt damit vereinigten früher selbstständigen Gemeinden Au Haidhausen und Giesing sondern auch in der Stadt selbst nach langjähriger Uebung Theilungen der Häuser nach einzelnen Wohnräumen als zuläßig anzusehen. In anderen Rechtsgebieten ergibt sich aus Verboten die frühere Zuläßigkeit. Würzburg, V.O. 1722. Nr. 8 (M.S. 1. 680): So wollen wir auch anbei aus vorigen und anderen uns hiezu bewegenden Ursachen durchaus nimmer gestatten, daß fürohin bei vorkommenden Theilungen ein Haus anderst als von oben bis unten hinaus, um daß dadurch der Uebertritt von dem einen Theil in den andern von Böden, Kellern und Gemächern vermieden werde, als senkelrecht geschehe ... Regensburg, W. G.O. XI. 2—4. Deßgleichen soll Niemandts von seiner aigenen Behausung einen andern Nachparn zu seinem Hauß ichzit zu verkaufen oder zuzuaignen macht haben, es seyen Keller, Stuben, Kämmer, Höff, Gärten oder anders, dardurch sein deß Verkaufers Behausung desto unachtsamer werden möchte, und ob gleich solches vor Zeiten geschehen, vnd aber hernach über kurz oder lang beede Häuser zusammen in ein Hand kommen wären, sollen dieselben Heuser anders nimmer von einander verkauft werden, dann also, daß bei einem jeden Hauß alle diejenige Gemach ob vnd unter der Erden bleiben, die ein jeder Stock, wie Er von der Erden gerad über sich auffgehet, in jhm selbst begreifft vnd beschleust. Da auch von alters hero zweyer oder mehr Heuser Gemach ob oder unter der Erden in einander vermengt wären, alsdann hat ein jeder Haußherr macht, dasjenige, so er in seines Nachparn Stock hat, demselben seinem Nachparn zu verkaufen, damit allgemach eines jeden Stock wider zusammengebracht werden, doch sollen beede Partheien vorhero bey E. Erb. Rath ebenmessig, wie in § 1 gemeldet, sich anzumelden schuldig sein, damit die Gleichheit, wie und welchermassen solche Häuser gegeneinander verwahrt werden mögen, allenthalben besichtiget und zu gebührender Fürsehung beeder Theyl nottürftig Beschaid vnd Ordnung gegeben werden. So aber Einer einen Keller, Gewölb oder ander Gemach unter seinem Nachparn gehabt, derselb soll dasselbig sein Untergemach nottürfftiglich versorgen, also daß der ander auch sein Notturfft darauff bawen möge, nach der Statt Recht, doch mit solcher Beschaidenheit, daß einer dem andern vnd zumal der Ober dem Untern nicht merklichen beschwehren, alles nach Erkandtnuß des Wachtgerichts.

[36] Nach Heimbach, R.L. IX. 498 ist die Abtheilung nach Wohnräumen in Sachsen-Meiningen noch jetzt in Uebung, wie sie nach Unger, Ö. P.R. § 51, 23 auch in Oesterreich früher gewöhnlich war. Nach Erk. Lübeck 20/3 55. Sf. IX. 264 ist in Frankfurt für Fleischbänke ein derartiges Verhältniß anerkannt. In Schleswig war früher das Eigenthum an Häusern nach Gefachen (Etagen) getheilt, was auf die Besetzung der Predigerstellen Einfluß hatte Jensen, kirchliche Statistik von Schleswig 1840. I. 96. Ein Plenarbeschluß des Obertribunals

angesehen zu werden [37]. Diese Herbergen sind ausgeschiedene Theile eines Hauses, welche selbstständig besessen, veräußert, verpfändet und vererbt werden, dabei aber der Natur der Sache entsprechend die ungetheilte Gemeinschaft einzelner Bestandtheile des Gebäudes wie der Treppe, des Daches dann des Bodens voraussetzen, wobei der Antheil an den gemeinschaftlichen Theilen als Bestandtheil des Sondereigenthums erscheint, und demnach ein aus getheiltem und ungetheiltem Miteigenthum gemischtes Verhältniß vorliegt [38].

---

in Stuttgart 22/1 69 spricht aus, daß nach einem in Württemberg bestehenden Gewohnheitsrecht Gebäude auch in anderer als vertikaler Richtung dem Eigenthum nach getheilt werden können s. Krauß, von der Theilbarkeit der Häuser Kübel und Sarwey, Württembergisches Archiv XII. 329 f.; dagegen Mandry, „gibt es Sondereigenthum ꝛc." ebenda XIII. 193, der die Motivirung des Plenarbeschlusses angreift, das Bestehen eines solchen Gewohnheitsrechts in Abrede zieht, und die betreffenden Verhältnisse als Platzrecht erklärt. Erk. Stuttgart 9/3 70 in Kübel, Archiv XIII. 231 nimmt wie der Entwurf unten Note 38 ungetheiltes Eigenthum an den Mauern an. Ausdrücklich anerkannt ist die Theilbarkeit der Häuser nach Wohnungsräumen im französischen Recht Cod. civ. Art. 664 f.

[37] A.E. 16/2 30. Bl. IV. 192 spricht das Einstandsrecht in einem Fall zu, in welchem ein Gebäude in Ansbach, wo die Zuläßigkeit der horizontalen Theilung nicht gesetzlich bestimmt ist, in 12 selbstständige Wohnungen vertheilt war, und Erk. München 23/2 67. Sf. XXI. 99 geht von der Voraussetzung aus, daß Keller und Ueberbau eines Hauses verschiedenen Eigenthümern zustehen könne. Damit scheint die Zuläßigkeit der horizontalen Theilung allgemein anerkannt, und es ist daher auch Entwurf III. 212. 213 ausgesprochen, daß mehreren das Eigenthum an räumlich ausgeschiedenen Theilen eines Gebäudes und namentlich der verschiedenen Stockwerke zustehen könne.

[38] Entwurf III. 212 und 213. Wenn Mehreren das Eigenthum an räumlich ausgeschiedenen Theilen eines Gebäudes zusteht, so sind Grund Dach Hofraum und die anderen zum gemeinschaftlichen Gebrauche dienenden Bestandtheile des Gebäudes unter ihnen nach Verhältniß des Werthes der Sondertheile gemeinschaftlich. Dieses Miteigenthum gilt als Bestandtheil des Eigenthums an dem Sondertheile und kann nur mit dem letzteren zur Veräußerung gebracht werden. In dem Absatz 1 bezeichneten Verhältnisse haben die Theileigenthümer zu den Unterhaltungs- und Wiederherstellungskosten der ihnen gemeinschaftlich dienenden Theile des Gebäudes beizutragen. Gehören verschiedene Stockwerke eines Hauses verschiedenen Personen, so hat der Eigenthümer eines jeden Stockwerkes den Aufwand für Erhaltung des Fußbodens und seiner Unterlage sowie der Decke seines Stockwerkes, dann der Treppe, welche von dem nächst unteren Stockwerke zu dem seinen führt, für sich allein zu bestreiten. Verzögert der Eigenthümer die ihm obliegende Ausbesserung oder Wiederherstellung ungeachtet geschehener Aufforderung, so hat jeder Theileigenthümer das Recht, die noth-

II. Ungetheiltes Miteigenthum (condominium pro indiviso). Das Eigenthum einer Sache kann mehreren Rechtssubjekten ungetheilt zustehen, in der Art, daß jedem derselben ein intellektueller Theil oder Bruchtheil daran zukommt [39]. Als getheilt ist dabei nicht die Sache selbst [40] ebensowenig der Rechtsinhalt [41] sondern der Werth der Sache gedacht [42]. Die letztere Auffassung liegt den Bestimmungen des bayrischen Landrechts zu Grund [43], während das

---

wendigen Verwendungen zu machen und die Rückerstattung seines Aufwandes zu verlangen.

[39] l. 5. D. 45. 3. Servus communis sic omnium est non quasi singulorum totus sed pro partibus utique indivisis ut intellectu magis partes habeant quam corpore. Pr. L.R. I. 8. 14. 15 und I. 17. 1 oben Note 14. Entwurf III. 90. Eine und dieselbe Sache kann nach Bruchtheilen im Miteigenthum mehrerer stehen.

[40] Dieß ist die Ansicht von Wächter, W. P.R. § 43, 14, Förster, P. P.R. § 182, 11, Schmid, Handbuch § 2, 3, Dernburg, Pfandrecht § 55, 4.

[41] Dieß ist die Ansicht von Arndts § 53, 5, Böcking, Pandekten § 75, 5, Unger, Ö. P.R. § 51, 27, Randa, Besitz 165, 14 a.

[42] Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III. 243. Windscheid § 140, 4 und 169 a, 5.

[43] Bayr. L.R. II. 2. 16. „Wenn eine Sach mehr Herrn zugleich hat, so werden sie zwar sammentlich für einen Mann gerechnet, und darf keiner den andern in seinem hergebrachten condominio stören oder beeinträchtigen"... Dazu bemerkt Kreittmayr Anm. 1. „Gehört etwan die Sache nicht einem allein sondern zwei oder mehreren und zwar unabgetheilt zu, so entspringt ein Condominium... Es heißt in obiger Definition unabgetheilter, denn sobald man sich abtheilt, und einer z. E. die Proprietät der andere den Usumfructum oder jeder seinen Theil der Proprietät besonders und nicht mehr pro parte indiviso zu besitzen anfängt, so ist es auch kein Condominium mehr, sondern jeder wird als dominus solitarius pro sua parte und soweit nämlich die Abtheilung geschehen ist geachtet... Geschiehet nun aber die Abtheilung nicht in ipsa rei substantia sondern nur in fructibus oder andern Nebendingen, so pflegt man es Condominium pro diviso zu nennen. Orth, de condominio § 1. Stryk, de compossessione Cap. 1. § 46." Es erhellt schon aus dem Zusammenhang, daß in dem letzten Satz der Ausdruck: »Condominium pro diviso« nur ein Druckfehler sein kann, es ergibt sich dieß aber mit Bestimmtheit aus dem Citat Stryk I. 46. (Opera II. 452) wo es heißt: datur compossessio divisa, si fundus communis in partes distribuatur et haec uni altera illi assignetur, quamvis hac ratione penitus non sint compossessores... Conventa ergo compossessio de qua antea dictum ita comparata esse debet, ut pro indiviso plures eandem rem detineant. Daß die andere von Kreittmayr citirte Schrift: »Orth, de compossessione« veröffentlicht sei, möchte ich bezweifeln, da es mir trotz langen Nachforschungen nicht gelungen ist, sie in irgend einem Ver-

Preußische Landrecht sich mehr der ersteren Auffassung anschließt [44]. Dieß ist von wesentlichem Einfluß auf das Rechtsverhältniß selbst. Gemeinrechtlich und nach Bayrischem Landrecht erstreckt sich die Theilung nur auf die Früchte und das Ergebniß der dereinstigen Auseinandersetzung. Daher hat jeder Miteigenthümer ein selbstständiges Recht auf seinen Antheil an den Erträgnissen [45], auf Theilung [46], sowie auf unschädlichen bestimmungsmäßigen Gebrauch der Sache [47] und die Be-

zeichniß zu finden; man wird in Georgi, Lipenius, Palm und Vogel vergeblich darnach suchen, und ebenso ist sie in den beiden hiesigen Bibliotheken nicht vorhanden, so daß ich vermuthen möchte, Kreittmayr habe nur ein handschriftliches Werk vor sich gehabt. Allein schon die aus Stryk mitgetheilte Stelle läßt keinen Zweifel darüber, daß das Wort »diviso« nur ein Druckfehler für »indiviso« sein kann, was ohnehin aus dem Zusammenhang zu entnehmen ist. Dieser Druckfehler gab Veranlassung zu der irrthümlichen Auffassung in der bayrischen Praxis oben Note 15.

[44] Pr. L.R. I. 17. 4: Das Recht jedes Theilnehmers auf die gemeinschaftliche Sache gehört zum besondern Eigenthum desselben. s. Förster, P. P.R. § 182, 34.

[45] l. 6. § 2. D. 10. 3. Gesterding, Eigenthum 52. Schmid, Handbuch § 2, 33.

[46] l. 8. D. 10. 2. Etsi non omnes qui rem communem habent sed certi ex his dividere desiderant hoc judicium inter eos accipi potest. Pagenstecher, Eigenthum I. 26. Bayr. L.R. IV. 13. 3. Nr. 2: Wer demnach auf ein oder ander Weis in Communion tritt, der willigt ipso facto dahin ein, daß nicht nur die Sach sammt allen davon abgefallenen Früchten auf Begehren ein oder anderen Theilhabers abgetheilt ... werde und Anm. 5 a. zu Bayr. L.R. II. 2. 16: Da nun kein Mensch in communione zu verbleiben schuldig und sogar kein pactum von Giltigkeit ist, kraft welcher eine Communion beständig dauern solle ... so kann auch jeder Theilhaber, soweit es nur immer thunlich ist, die Abtheilung allemal begehren.

[47] Gesterding, Eigenthum 52. Windscheid § 169 a. Note 4. Nr. 2. a. M. Schmid, Handbuch § 2, 34 f., der die für die erstere Meinung angeführten Bestimmungen über Beerdigung eines Leichnams und gemeinsame Mauren auf die speciellen Fälle beschränken will. Der ersteren Ansicht schließt sich an Bayr. L.R. IV. 13. 3: „Drittens in Verfügungen, wodurch denen übrigen kein Schaden oder Nachtheil zugehen kann. Viertens wenn das gemeinschaftliche Gut von einem Theil so benutzt wird wie es jedem Mitgemeiner nach Recht und Observanz zusteht" und Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II 2. 16: Viertens gehet auch die Regel nicht an, wenn das gemeinschaftliche Gut von einem Theil so benützt wird, wie es jedem Theil nach Recht und Observanz zusteht ... und ist also z. E. die Jagd oder Weid an Ort und Ende wo das jus venandi oder pascendi mehreren gemeinschaftlich ist, keinem verboten, sofern man nur bei dem bleibt, was die Ordnung Observanz oder Verträge ausweisen, dann wenn auch

fugniß über diese Rechte selbstständig zu verfügen. Dagegen ist er in der Verfügung über die gemeinsame Sache selbst in der Art durch die Rechte der Miteigenthümer beschränkt, daß er einseitig keine Handlungen vornehmen darf, welche die Sache als Ganzes ergreifen [48]. Er kann sie daher weder veräußern [49] noch mit dinglichen Lasten beschweren [50]

---

dieses nicht einmal erlaubt sein sollte, so wäre der ganze Zweck des condominii verfehlt, und würde solches den Theilhabern wenig oder gar nichts nützen.

[48] l. 28. D. 10. 3. Sabinus in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse; unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem causam prohibentis esse constat. Gesterding, Eigenthum 45. Schmid, Lehrbuch § 2, 8. Windscheid § 169, a. 3. Bayr. L.R. IV. 13. § 3. Nr. 5: Solange man aber in unvertheilter Communion beisammen verbleibt, so kann kein Theilhaber einseitiger Weis ohne denen andern in gemeinschaftlicher Sach mit Fug etwas thun, greifen auch die Majora dießfalls nicht Platz, und hat jeder aus ihnen nach der bekannten Rechtsregel quod in re communi melior sit conditio prohibentis die Befugniß nicht nur den andern an all einseitigen Verfügungen zu hindern, sondern auch allenfalls die Wiederherstellung der dadurch geänderten Sach in vorigen Stand zu begehren, vgl. auch Anm. 3 zu L.R. II. 2. 16 und Erk. 20/4 52. Bl. XVII. 231. Eine Ausnahme ist nur begründet beim Arrondirungsverfahren, indem nach Ges. 10/11 1861. Art. 5. Miteigenthümer eines Grundstücks als zustimmend angesehen werden, wenn wenigstens die Hälfte derselben sich für die Arrondirung erklärt.

[49] Der Miteigenthümer ist gemeinrechtlich berechtigt, seinen Antheil zu veräußern l. 3. Cod. 4. 52. Falso tibi persuasum est, communis praedii portionem pro indiviso antequam communi dividundo judicium dictetur tantum socio non etiam extraneo posse distrahi. Gesterding, Eigenthum 51, 43. Schmid, Handbuch § 2, 44. Das gleiche gilt nach Bayr. L.R. IV. 13. 3. Nr. 6 „wenn ein Theilhaber seinen Antheil an einen andern Miteigenthümer oder Fremden überläßt" und Anm. 4 zu L.R. II. 2. 16, und erst durch Ges. 10/11 61. Art. II. ist den Miteigenthümern allgemein ein gegenseitiges Verkaufsrecht eingeräumt unten § 123. Dagegen kann ein Miteigenthümer einseitig nicht die ganze Sache veräußern, den andern Miteigenthümern steht vielmehr die Vindication zu. l. 1. Cod. 4. 52. Si nulla usucapionis praerogativa vel diuturni silentii praescriptio emtorem possessionis quam a coheredibus patrui tui distractam suggeris pro portione tua munit, in rem actio incolumis perseverat. Gesterding, Eigenthum 42 und 53. Schmid, Handbuch § 2, 45.

[50] Der Miteigenthümer kann gemeinrechtlich seinen Antheil verpfänden l. un. Cod. 8. 21. Frater vester sicut vobis invitis portionem vobis competentem obligare non potuit ita suam dando obligationem creditori quaesivit Gesterding, Eigenthum 53, 42. Schmid, Handbuch § 2, 43. Das Pfandrecht ergreift dabei in der Art die ganze Sache, daß eine ohne Zuziehung des Gläubigers unter den Miteigenthümern vollzogne Abtheilung das Recht des Gläu-

noch derelinquiren [51], und ebensowenig ist er zur einseitigen aktiven oder passiven Vertretung befugt [52]. Veränderungen darf er einseitig nur vornehmen, insoferne die Erhaltung der Sache dieß erforderlich macht [53], oder soweit die Miteigenthümer nicht widersprechen [54].

---

bigers nicht berührt l. 7. § 4. D. 20. 6. Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecae, divisione facta cum socio non utique eam partem creditori obligatam esse quae ei obtingit qui pignori dedit, sed utriusque pars pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. Allein Gegenstand der Verpfändung ist hier weder die ganze Sache, noch wie Dernburg, Pf.R. § 55 meint ein „ratueller" Theil derselben, sondern das Recht des Miteigenthümers auf Nutzungen und Theilung. Durch Zwangsverkauf des Pfandgegenstands erwirbt der Käufer nur Miteigenthum, und muß daher zur Realisirung seines Rechtes die Theilungsklage stellen. Bremer, Hypothek- und Grundschuld 31. Erk. Berlin 14/3 54. Sf. X. 226. Die Verpfändung durch sämmtliche Miteigenthümer dagegen wirkt wie die des Alleineigenthümers; der Pfandgläubiger hat ein Pfandrecht an der Sache selbst und bei Veräußerung wird auf den Käufer volles Eigenthum übertragen. Ebenso kann der Miteigenthümer an seinem ideellen Antheil einen Ususfructus bestellen l. 31. D. 33. 2. Schmid, Handbuch § 2, 48; dagegen nicht eine Prädialservitut, weil diese untheilbar ist. l. 2. D. 8. 1. Gesterding, Eigenthum 53. Schmid, Handbuch § 2, 47.

[51] Der Miteigenthümer kann nur seinen Antheil derelinquiren, der damit von selbst den andern Miteigenthümern anfällt Girtanner, Jahrb. f. Dogm. III. 262, Pagenstecher, Eigenthum I. 28. a. M. Dernburg, Pf.R. § 55, 4.

[52] Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 2. 16. Nr. 2 c: In Streitigkeiten, welche man mit ihnen hat, wird denselben ein gemeinschaftlicher Anwalt von Amtswegen bestellt, sofern sie sich nicht selbst hierüber vergleichen mögen und Nr. 3 b: In Gerichtshändeln läßt man zwar einen condominum statt der anderen ex mandato praesumto zu ... damit er aber in decursu processus exceptionem plurium litisconsortum nicht zu leiden habe, muß er die Ratification von denen anderen beibringen.

[53] l. 32. 35—37. D. 39. 3. l. 52. § 10. D. 17. 2. Gesterding, Eigenthum 46. Schmid, Handbuch § 2, 17 f. Kreittmayr, Anm. 4 zu Bayr. L.R. II. 2. 16 „läßt man erstens die einseitige Verfügung in nothwendigen Baureparationen allerdings zu und kann solche nicht nur von keinem Theilhaber verhindert werden ... sondern es muß vielmehr ein jeder aus ihnen mit denen benöthigten Kosten a proportion seines Antheils concurriren." Ueber die Frage ob ein Miteigenthümer einseitig im Expropriationsverfahren eine bindende Erklärung abgeben könne vgl. unten § 141, 42.

[54] l. 28. D. 10. 3 sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest ut tamen factum opus tollat cogi non potest, si cum prohibere poterat hoc praetermisit. Kreittmayr, Anm. Nr. 4 zu L.R. II. 2. 16: Sechstens fallirt die Regel auch auf den Fall, wenn die Cointeressenten von einseitiger Verfügung Wissenschaft gehabt, gleichwohl aber dazu geschwiegen

Hievon weicht das Preußische Landrecht insoferne ab, als es den Umfang der im Miteigenthum liegenden Befugnisse nach Categorieen unterscheidet. Ohne Einfluß ist das Miteigenthum auf das Recht der Veräußerung [55] und Verpfändung [56] seines Antheils, auf den Anspruch an die Nutzungen [57] und die gerichtliche Vertretung [58]. Regelmäßig gemeinsam ist der Besitz [59]. Dagegen entscheidet bei Verfügungen über die gemeinschaftliche Sache und bei Bestimmung ihrer Verwaltung und Benützung die Stimmenmehrheit [60]. Diese wird nach der Größe der Antheile bemessen, außer bei persönlichen Gerechtsamen, bei welchen

---

haben ... der Unterschied zwischen dem bloßen Stillschweigen und der ausdrücklichen Einwilligung ist dieser daß erstenfalls die Sache zwar bleibt wie sie einseitiger Weise verfügt worden ist, jedoch dergestalt, daß derjenige, welcher privative fürgeschritten, allenfalls den hieraus erfolgten Schaden allein zu tragen und denen übrigen Condominis erstatten muß, letzterenfalls aber bleibt nicht nur die Sache in suo statu, sondern es fällt auch der Schaden ad massam communem und wird folglich von dem autore in particulari weiter nicht als pro sua rata ersetzt. ..

[55] Pr. L.R. I. 17. 60. „Bei gemeinschaftlichem Eigenthum, welches weder durch Vertrag noch durch Verordnung eines Dritten entstanden, ist jeder Theilnehmer, sein Anrecht auch einem Fremden zu überlassen, wohl befugt.“ Dagegen kann der einzelne Miteigenthümer nicht die ganze Sache an einen Dritten verkaufen Förster, P. P.R. § 182, 43.

[56] Pr. L.R. I. 17. 69. „Insoferne als ein Theilhaber sein Anrecht an einen Fremden zu veräußern befugt ist, kann er es auch demselben verpfänden.“

[57] Pr. L.R. I. 17. 50. „Der Antheil eines jeden Theilnehmers an den Nutzungen ist sein ausschließendes Eigenthum, und die übrigen können ihm nicht vorschreiben, was er davon für Gebrauch machen wolle.“

[58] Die preußische Praxis erkennt aktive und passive Legitimation des einzelnen Miteigenthümers bei dinglichen Klagen, die sich auf die gemeinsame Sache beziehen, an. s. Förster, P. P.R. § 182, 43.

[59] Pr. L.R. I. 17. 25—34. Ist gemeinschaftlicher Gewahrsam nicht möglich, so hat der Höchstbetheiligte außerdem derjenige, der die größere Sicherheit bietet oder der durch das Loos bestimmte Theilnehmer Anspruch darauf. Sind mit der Gewahrsam untheilbare und unschätzbare Nutzungen verbunden, so wechselt die Gewahrsam nach einem bestimmten Turnus. Förster, P. P.R. § 158, 21 und § 182, 49 f. und unten § 130, 16.

[60] Pr. L.R. I. 17. 12. „Wenn es aber auf Verfügungen über die Substanz der gemeinschaftlichen Sache oder die Art ihrer Verwaltung und Benützung ankommt, so entscheidet in der Regel die Mehrheit der Stimmen.“ Dasselbe bestimmt für letzteres Entwurf II. 589: Ueber Verwaltung und Benützung der gemeinschaftlichen Sache kann die Stimmenmehrheit der Theilhaber giltig beschließen.

die Kopfzahl entscheidet [61]; bei Stimmengleichheit tritt schiedsrichterliche oder richterliche Bestimmung ein [62]. Der so getroffenen Verfügung muß sich die Minderheit unterwerfen, insoferne sie nicht auf Aufhebung der Gemeinschaft bestehen will, und kann nur, wenn die letztere zur Zeit nicht ausführbar ist, die gerichtliche Entscheidung anrufen [63]. Der Mehrheitsbeschluß ist namentlich bestimmend für Veranstaltungen zur Erhaltung der Sache [64], für die Ausführung bereits beschlossener Veränderungen [65], die Aufhebung der gemeinschaftlichen Verwaltung und die Art der Administration [66] und für Verfügungen über die Substanz der Sache [67].

Das Miteigenthum kann auch in der Art mit dem Alleineigenthum in Verbindung gesetzt sein, daß das aus dem Miteigenthum entspringende Recht als ein Bestandtheil des Alleineigenthums erscheint. In besonderer Anwendung findet sich dieß beim Nachbarrecht, indem bei benachbarten Grundstücken die die Grenze bildenden Theile namentlich Mauern, Planken, Zäune, Hecken, Winkel oder Reihen, Raine, Gräben und Wälle in Gemeinschaft der Nachbarn stehen. Gemeinrechtlich steht es in dem Belieben des Eigenthümers ob er eine derartige Gemeinschaft eintreten lassen wolle oder nicht; hievon sind in unserem Recht folgende Ausnahmen begründet:

1. Einzelne Statuten verpflichten den Eigenthümer auf Aufforderung des Nachbarn die Mauer als Communmauer zu bauen, oder dem Nachbar den dazu erforderlichen Grund abzutreten [68]. In

---

[61] Pr. L.R. I. 17. 21. 22.

[62] Pr. L.R. I. 17. 23 und 24.

[63] Pr. L.R. I. 17. 15—18.

[64] Pr. L.R. I. 17. 19. Hier entscheidet schlechterdings die Stimmenmehrheit.

[65] Pr. L.R. I. 17. 20. Auch hier entscheidet nur die Stimmenmehrheit.

[66] Pr. L.R. I. 17. 37—41. Förster, P. P.R. § 182, 52 f.

[67] Pr. L.R. I. 17. 12. Förster, P. P.R. § 182, 43.

[68] Nürnberg, Ref. XXVI. 8. Welcher hinfüro zwischen jme und seinem Nachpaurn, mit Stainwerk pawen will, der soll zuvorderst durch ainen geschwornen Fronpoten, demselben seinen Nachpaurn ain gemaine Maurn zu pawen anpieten, vnd derselbig in vierzehen tagen den negsten lauter zuerkennen geben, ob Er solchen paw auf gleichen Kosten mit jene thun wöll oder nit. Und so Er das also bewilligen wurde, sollen sie in ainem halben Jahr darnach zu pawen anfahen, vnd solche Maur, zwen Statschuch dick, vnd dreyer Gaden, das ist, sechs und dreyssig Statschuch hoch, auffüren, Es were dann, daß sie sich hierinnen aines andern verglichen. Wolte aber der Nachpaur, welchem ain gemaine Maurn, wie obgemelt angepoten worden, denselben paw nit thun, so soll Er dem an-

mehreren Statuten ist dieß rücksichtlich des Aufbaus auf eine Communmauer ausgesprochen [69].

---

dern den grund geben vnd gestatten, das die Maur auf denselben grund gesetzt vnd aufgepawen werde. München, B.O. Art. 3. Item, wer mauern will, dem soll sein Nachpaur gantze Mauerstatt geben, ob er mit ime nicht mauren will und soll auch darnach dieselb Maur halbe seins Nachparn sein. Art. 5. Item, wer gantze maurstat geit seinem Nachpaurn, dem soll jener, der da maurt, die maur auffuern aus dem grundt, und ob der erden ain gaden, und sol die maur baiden häusern gemain sein, als lang die maur ist. Art. 11. Item wer seinem nachpaurn, es sey in der innern oder äußern stat gantze maurstat gibt, dem soll derselb sein nachpaur pauen zway gaden hoch, und ist ain gaden zwelf werchschuech. vgl. Schmädel, Handbuch § 655.

[69] München, B.O. Art. 4. Item wer auf alte maur will mauren, dem sein nachpaurn nit helfen, wasz er dann darauf mauret, das ist fürbaz sein ains, und sollen baide gleich der maur mit ainander räumen, oder aber der ander nachpaur fürbaser der maur wurde betürffen, so soll der rath gewalltig sein, wasz er jenem gebe, der allein hat gemaurt. Art. 6. Item wer auf ain alte maur, die gemain ist, wil mauren, der sol ain gaden pauen, als lang die maur ist, und nicht nyder noch mynder pauen. Amberg, B.O. 11. So aber ir zwen, an einer mawer oder wand, zugleich theyl gemein und gerechtigkeyt haben, vnd einer aus denselben solche mawer höher pawen wolt, soll derselb dem andern seinem mitverwanten solches, ob er mit ime vffpawen wölle, anzaigen, wo dann derselb sich des wegert, mag der ain den paw allein verfürn, und solcher erhöhert paw soll jme alsdann allein zusteen, vnd der ander daran kein gerechtigkeit haben, es were dann, das er jme halben kosten ausrichten vnd die erhöhert mawer neben jme erhalten wolt, ebner gestalt soll es auch, wo ein mawer mer dann zweien zugehörig ist, gehalten werden nach billicher anzal. Ulm, B.O. VII. 3 und Memmingen, B.O. XI. 4. Wollte auch einer ein gemeine Mauer so niedrig wäre auf seine Kosten doch in voriger Dicke höher aufbauen und solches seinem Nachbarn nicht sonderlich nachtheilig wäre das soll er zu thun Macht haben; doch wo sein Gemeiner oder Nachbar hernach solcher erhöhten Mauer sich auch gebrauchen und seiner Gelegenheit nach darein auch brechen und legen lassen wollte, das solle ihm gleicher gestalt erlaubt sein, sofern doch daß er dem andern seinen zuvor der Erhöhung halber aufgewendeten kundlichen Unkosten zum halben theil wiederumben erstatte. Mainz, B.O. VII. 21. „Dafern jemand eine zu nieder gebaute gemeine Mauer sowohl seinem Nachbarn, welcher Theil an der Mauer hat, und mitbauen helffen wollte, als sich selbsten zum guten, nach Erkanntnuß unsers Vicedomamts auf seine Köften höher aufführen würde, so solle folgends seinem an solcher Mauer Theil habenden Nachbarn nicht erlaubt sein, sich derselben erhöhten Mauer als Mit-Herr zu gebrauchen, biß dahin, daß er seinem Mit-Nachbarn die zu Erhöhung der Mauer angewendete Köften zur Helfft erstattet habe." Deßgleichen bestimmt Entwurf III. 205: Der Miteigenthümer darf auch ohne Einwilligung des anderen die gemeinschaftliche Mauer ihrer ganzen Dicke nach erhöhen, wenn vorher durch ein

2. Nach einzelnen Statuten spricht bis zum Nachweis des Gegentheils die Vermuthung für die Gemeinsamkeit der Feldraine [70], Winkel [71] und Scheidungen [72].

3. Auch wo eine solche Präsumtion nicht aufgestellt ist, sind gesetzlich bestimmte Anhaltspunkte für die Entscheidung gegeben, ob ein auf der Grenze befindliches Bauwerk in dem Alleineigenthum des einen Anliegers stehe oder nicht. Es findet sich dieß namentlich für Gräben [73],

---

Gutachten Sachverständiger festgestellt ist, daß dadurch dem anderen Miteigenthümer kein Schaden zugefügt werde. Er hat in diesem Falle die Kosten des Aufbaues und der Unterhaltung desselben sowie den durch den Aufbau veranlaßten Mehraufwand für die Unterhaltung des gemeinschaftlichen Mauertheiles allein zu tragen. 207. Das Miteigenthum an der gemeinschaftlichen Mauer erstreckt sich auch auf den nur von dem einen Miteigenthümer auf dessen Kosten aufgeführten Aufbau derselben. Der andere Miteigenthümer kann aber sein Miteigenthum nicht eher ausüben, als bis er die Hälfte der von dem auf den Aufbau verwendeten Kosten und den halben Werth des zur Verstärkung der Mauer verwendeten Bodens vergütet hat. Er kann nach geleisteter Vergütung verlangen, daß der Nachbar die in dem erhöhten Mauertheile angebrachten Lichtfenster und sonstigen Oeffnungen wieder zumauern lasse.

[70] Pr. L.R. I. 8. 118. Die Raine oder sogenannte Pflugrechte zwischen benachbarten Grundstücken werden in der Regel als gemeinschaftliches Eigenthum angesehen Förster, P. P.R. § 170, 17. Manche nehmen dieß auch als gemeinrechtliche Regel an Holzschuher II. § 99. Nr. 8, allein ohne Grund, wie sich dieß schon aus l. 19. D. 10. 3. oben Note 30 ergibt. Entwurf III. 201 schließt sich dem Preußischen Recht an.

[71] Pr. L.R. I. 8. 120. „Auch die Winkel oder Zwischenräume zwischen den Häusern werden in der Regel als gemeinschaftlich erachtet." Als Beweis des Sondereigenthums gilt nach Pr. L.R. I. 8. 121, daß nur der eine Nachbar die Traufe Gossen Privete und offene Fenster hinein hat, womit Entwurf III. 202 übereinstimmt.

[72] Pr. L.R. I. 8. 168. Förster, P. P.R. § 170. 50. Das gleiche nimmt Kreittmayr, Anm. a. zu L.R. II. 8. 7 bei Mauern an: und wird in dubio die Mauer zwischen zwei Häusern allzeit mehr für commun als eigen präsumirt, soferne die Umstände kein anderes zu erkennen geben. Allgemein bestimmt Entwurf III. 201: Mauern, Planken, Zäune, Gräben und Raine auf der Grenze zweier Grundstücke gelten als gemeinschaftlich, solange nicht das Sondereigenthum des einen Nachbarn nachgewiesen oder nach der Natur der Anlage oder vermöge besonderen Zeichens zu vermuthen ist.

[73] Pr. L.R. I. 8. 188: Derjenige, auf dessen Grund und Boden sich der Auswurf eines Grabens befindet, hat die Vermuthung daß er Eigenthümer des Grabens sei für sich, und muß also auch für die Unterhaltung desselben sorgen. Förster, P. P.R. § 170, 52. Entwurf III. 201: Als Zeichen des Sondereigen-

Planken [74] und Mauern [75], Abtritte [76] und Reihen (Winkel [77]).

thums ... gilt es ... bei Gräben und Canälen, wenn der Aufwurf der ausgehobenen Erde sich nur auf einer Seite befindet.

[74] Pr. L.R. I. 8. 152—154 erklärt denjenigen als Eigenthümer, der die Planke angelegt hat, und wenn dieß nicht ermittelt werden kann, denjenigen, auf dessen Grund die Stiele Ständer oder Pfosten derselben stehen. Nach Entwurf III. 201 ist ein Zeichen des Sondereigenthums, wenn die Pfosten nur auf einer Seite stehen, was in gleicher Weise Augsburg, B.O. I. 51 bestimmt. Nach Amberg, B.O. IX. ist derjenige Eigenthümer, auf dessen Seite ausschließlich die Häupter der Nägel stehen, während Memmingen, B.O. X. 14 umgekehrt denjenigen als Eigenthümer erklärt, auf dessen Seite ausschließlich die Spitzen derselben gerichtet sind.

[75] Pr. L.R. I. 8. 160 erklärt als Zeichen der Gemeinschaft, wenn auf beiden Seiten Blenden sind, oder wenn die Platten auf beiden Seiten überlaufen; Entwurf III. 201 wenn die Mauer auf beiden Seiten Vertiefungen oder Pfeiler hat, und wenn nicht auf einer Seite in der ganzen Mauerdicke Balken aufliegen; Regensburg, W. G.O. XVI. 1—5 wenn Tram, Fenster, Behälter, Bogen, Brunnen, Wasserlauf, Heimliche Sitz oder anderes dergleichen auf beiden Seiten oder gar nicht sich befinden, während Zeichen des Sondereigenthums sind, daß die eine Seite die Dachtraufe, Fenster durch die Mauer oder das Hausdach auf der Mauer liegen hat; Amberg, B.O. IX. wenn auf beiden Seiten eingelegte Balken, Kraksteine, Schwibbögen, Blindfenster gefunden werden; Würzburg, B.O. IV. 6 wenn auf beiden Seiten Tragsteine, eiserne Ring, Blindbögen, Blindfenster, eingehauene Wappen oder Schriften bis in die Hälfte der Mauer eingelegte Balken ... befunden werden ... und wann oben auf der Mauer der beeden Nachbarn Balken und zwar beederseits zur Hälfte aufliegen; ferner wenn eine Abtrittröhre in die Mauer eingerichtet ist, und die beede Nachbarn ihren Sitz und Zutritt dazu haben; Mainz B.O. VII. 23 wann beide .. Theile ihre Gebälk, Büg und Bau zugleich auf der ... Maur oder Wand liegen oder beider Häuser mit dem Gespere des Dachwerks die Wand gleich einhätten und sowohl auf einer als der andern Seite Schornsteine, Camin, Profeyröhre bis in die Mitte der Mauer hätten oder beiderseits der Mauer sich entweders allein Blindlöcher, Schwibbögen und Schänk, Fenster oder Krachsteine dergestalt befinden thäten daß man Ursach hat, die Mauer für gemeinschaftlich zu halten; Ulm, O.O. VI. 4—11 und Memmingen X. 4—13 wenn sich beiderseits gleichmäßige Anzeigungen von Krachsteinen, Schwibbögen, Fenster und Schrängen finden ... auch wenn auf solche Mauer ein gemeinsamer Canal oder Reim gelegt ist, so beider Nachbarn Himmelwasser ausführt ... item wann der ein Nachbar sein Gebälk sowohl als der andere durchgehend in der Mauer liegen hat, während es als Zeichen des Alleineigenthums gilt wenn der eine die Mauer zum obersten ganz oder gar inne hat, wenn ein Nachbar in der Mauer durchgehende Fenster, Krachsteine, Schwibbögen, Schenk oder Schrenz, durchgehende Balken oder die Köpfe der Nägel durchgehend auf seiner Seite hat; Augsburg, B.O. I. 32—36 wenn auf beiden Seiten Satzlöcher, Füllungen, Bögen, Pfeiler, Wandkästeln, Gewölbungen und Verbin-

Das Rechtsverhältniß wird gemeinrechtlich zweifellos als das des ungetheilten Miteigenthums aufgefaßt [78], und es erstreckt sich dieß ebenso auf den Grund wie auf die Mauer selbst, wobei dann der Anspruch auf die gemeinschaftliche Mauer als Bestandtheil des Sondereigenthums anzusehen ist [79]. Indessen haben mehrere unserer Statuten diesen

---

dungen sich zeigen, wenn zwei Nachbarn zu beiden Seiten ihre Thräm gleich tief und über die Hälfte in der Mauer liegen haben, und wo ein Nust mitten auf einer Mauer liegt . . und ihr beider Häusertraf hineingeht.

[76] Augsburg, B.O. I. 53: Ein jedes s. v. Privet Schwindgrube oder Tungstatt ist für gemeinschaftlich zu achten, wenn von zweierlei Häusern auch zweierlei Rohr darein gehen, oder das Traff und anderes Wasser darinn geleitet solche auch von beiden Seiten geräumet und unterhalten wird.

[77] Ulm, B.O. XI. 1 und Memmingen, B.O. XV. 1 bestimmt als Zeichen der Gemeinsamkeit, daß beide Nachbarn Trauf- und Lichtrecht haben, wozu Augsburg, B.O. I. 46 noch den „Nust in Nutzen" fügt. „Nust" ist ein Augsburger Provinzialismus für Dachrinnen, Bierlinger, Schwäbisch-Augsburgisches Wörterbuch 356; er findet sich auch München, B.O. 38 und Ulm, B.O. XIV. 2, Memmingen, B.O. XVIII. 1.

[78] Ruete, die Rechtsverhältnisse hinsichtlich gemeinschaftlicher Mauern Bremen 1843. § 1. Elvers, Servituten 423. Windscheid § 169 a. 4. Es ist dieß jetzt die gemeine Meinung. Auch unsere Statuten stimmen der Mehrzahl nach damit überein. Kreittmayr, Anm. 3 zu L.R. II. 2. 16, Amberg, B.O. XI., Mainz, B.O. VII. 18, Nürnberg, Ref. XXVI. 7, Ulm, B.O. VII. 4, Memmingen, B.O. XI. 5, Augsburg, B.O. II. 7.

[79] Elvers, Servituten 424 will aus dem römischen Recht nachweisen, daß der Boden, auf welchem eine gemeinsame Mauer stehe, als ein Grundstück für sich angesehen worden sei. Allein die Stellen, auf die er sich bezieht, beweisen dieß nicht. Die communes parietes in l. 4 § 10. D. 10. 1 sind nicht gemeinsame Mauern in unserem Sinn, sondern solche, die ein einzelnstehendes Gebäude von allen Seiten umschließen s. Glück, Comment. X. 450, 75. Ebensowenig entscheidet l. 25. § 1. D. 8. 2. Si ex tribus aedibus in loco impari positis aedes mediae (B) superioribus (A) serviant aedibus, inferiores (C) autem nulli serviant, et paries communis, quae sit inter aedes inferiores et medias, altius a domino inferiorum aedium sublatus sit, jure eum altius habiturum Sabinus ait. Elvers schließt daraus, daß die gemeinsame Mauer zwischen C und B ein Grundstück für sich bilde, da sie sonst als zum Grundstück des B gehörig von der für A aufgelegten Servitut ergriffen würde. Allein dem würde schon die Untheilbarkeit der Servitut entgegenstehen oben Note 50, so daß A eine die gemeinsame Mauer zwischen B und C ergreifende Servitut gar nicht erwerben konnte. Es dürfte dabei zu berücksichtigen sein, daß die Besonderheit des Falles, drei an einem Abhang angebaute Häuser, offenbar auf die Entscheidung von Einfluß war. Uebrigens ist auch abgesehen davon die Entscheidung des Sabinus nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigt, denn der

Standpunkt verlassen, und nehmen an den nicht in dem Alleineigenthum eines Nachbarn stehenden Bauwerken nur getheiltes Miteigenthum an [80].

Der Miteigenthümer kann die gemeinsame Mauer in der bestimmungsmäßigen Weise benützen ohne der Einwilligung seiner Miteigenthümer zu bedürfen. Er kann daher daran alles befestigen, was ohne Schaden der Mauer wieder entfernt werden kann [81], diese malen und tapeziren lassen [82], und Balken einlegen, soweit dadurch die gemeinsame Benützung von Seite der Miteigenthümer nicht gehindert wird [83]. Dagegen muß er alle Handlungen unterlassen, durch welche die gemeinsame Mauer Schaden leidet [84] oder welche das gleiche Recht des

---

Miteigenthümer darf zwar die gemeinschaftliche Mauer einseitig nicht höher bauen l. 13. pr. l. 27. § 1. D. 8. 2, allein wenn der andere Miteigenthümer nicht ein Verbot erlassen hat, so kann der Bauende zur Wegnahme nicht angehalten werden l. 28. D. 10. 3. Die Stelle sagt daher nur, daß C durch die dem A an dem Grundstück des B zustehende Servitut an dem Bauen nicht gehindert wird, da nur der B nicht der A ein Verbietungsrecht hat. Dieß ist auch die Auslegung dieser Stelle bei Ruete 20. Auch die historische Erklärung die Elvers versucht, scheint mir nicht genügend. Er meint nämlich Servituten 422, bei den Bauveränderungen nach dem gallischen Brand sei der Grund und Boden für das Zusammenbauen erst occupirt worden, setzt also voraus, daß vorher die Zwischenräume zwischen den Häusern herrnlos gewesen seien, was ich für ganz unwahrscheinlich halte. Keinenfalls kann die Meinung von Elvers auf praktische Anwendung Anspruch machen, da sie nach den jetzigen Hypothekenbuchseinrichtungen die Eröffnung besonderer Folien für gemeinsame Mauern voraussetzen würde. Die Erklärung ist auch ganz überflüssig, da, wie oben Note 38 gezeigt, die Verbindung von gemeinschaftlichem und gesondertem Eigenthum bei Grundstücken allerdings vorkommen kann. Ausdrücklich ist übrigens die Gemeinsamkeit des Grundes vorausgesetzt l. 52. § 13. D. 17. 2: si vicini semipedes inter se contulerunt ut ibi cratitium parietem inter se aedificarent ad onera utriusque ferenda ... vgl. Mainz, B.O. VII. 18: solle jeder Theil ... von seinem Grund die Halbscheid ... hergeben.

[80] vgl. oben Note 32.

[81] l. 19. § 1 und 2 D. 8. 2. hinsichtlich eines Gewölbs und einer Treppe; l. 19. pr. D. 8. 2. Anlehnung einer Badevorrichtung; l. 27. § 10. D. 9. 2. Anlehnung eines Ofens.

[82] l. 13. pr. D. 8. 2.

[83] l. 12. D. 10. 3. l. 52. § 13. D. 17. 2. Ruete 11.

[84] Als Anwendungsfälle heben unsere Quellen hervor: Einsetzung von Wasser- und Rauchröhren l. 13. pr. l. 19. pr. D. 8. 2 und Ansetzung eines Ofens, durch welchen die Mauer erhitzt wird l. 27. § 10. D. 9. 2.

Miteigenthümers beeinträchtigen. Er darf daher die Mauer nicht durchbrechen [85] und sie nicht einseitig höher bauen [86].

Ein weiterer Anwendungsfall findet sich bei Privatflüssen. Diese sind nach dem Wassergesetz Zubehör der Grundstücke, durch welche sie hindurchfließen nach Maaßgabe der Uferlänge eines jeden Grundstücks [87]; das Wasser der Privatflüsse steht daher im Miteigenthum sämmtlicher Adjacenten [88]. Der einzelne Miteigenthümer kann zwar das an seinem Grundstück vorüberfließende Wasser zu jedem beliebigen Gebrauch benützen [89], allein er hat dabei auf die Rechte der Miteigenthümer Rücksicht zu nehmen, und darf daher weder einen den anderen schädlichen Rückstau einseitig vornehmen [90], noch das Wasser für sich allein

---

[85] l. 40. D. 8. 2. Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse respondi.

[86] l. 27. § 1. D. 8. 2. Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi jus habet, quia invito socio in jure communi non habeas jus aedificandi. Abweichend davon gestatten dem Miteigenthümer das Höherbauen auf der Mauerhälfte Nürnberg, Ref. XXVI. 4. Augsburg, B.O. II. 5.

[87] Wassergesetz Art. 39.

[88] Erk. 4/2 53. Bl. XVIII. 320; 14/1 60. Bl. XXV. 158; 13/4 66. Bl. XXXI. 330. Von diesem Standpunkt ging die Regierungsvorlage aus; s. die Motive in Verh. d. K. D. A. 1851. Beil. B. I. 142: „Außerdem hat der Entwurf den Gesichtspunkt der Gemeinschaftlichkeit bei solchen Privatgewässern, welche mehreren Uferbesitzern gehören, als Ausgangspunkt aufgenommen. Es rechtfertigt sich dieß nicht nur durch die angeführten Andeutungen der bestehenden Gesetze sondern auch dadurch, daß diese Auffassung den Verhältnissen und der Natur der Sache entspricht; denn mit der Continuität des Flusses und den damit verbundenen Wechselbeziehungen der anliegenden Grundstücke und ihrer Benützungsrechte ist ein vollkommen abgeschlossenes Eigenthumsrecht des einzelnen im Sinne des gewöhnlichen Grundeigenthums nicht wohl vereinbar, namentlich bei beträchtlicheren Privatflüssen." Dieser Auffassung entsprechen auch die in dem Gesetz getroffenen Bestimmungen. Eine davon abweichende Meinung nimmt bei den Privatflüssen Sondereigenthum an der Flußstrecke also auch an dem Gefäll an; dieß scheint aber nicht die Meinung von Pözl, Comment. 166 zu sein, der sich nur mit Recht gegen den ganz unklaren Gesichtspunkt des Gesammteigenthums am Wasser erklärt, der in dem Referat des Abgeordneten Paur zu Grunde gelegt ist.

[89] Wassergesetz Art. 53. Besondere Bestimmungen über Vertheilung des Wassers, die auf Lokalverordnungen Herkommen besonderen Rechtstiteln oder Verjährung beruhen, werden dadurch nicht berührt. Wassergesetz Art. 59.

[90] Wassergesetz Art. 54, 1 „unter der Beschränkung, daß kein einem anderen schädlicher Rückstau und keine Ueberschwemmung oder Versumpfung fremder Grundstücke verursacht werden darf."

ableiten [91]. Dagegen steht ihm die Befugniß zu, nach ertheilter polizeilicher Genehmigung und vorbehaltlich der Entschädigung dritter das Wasser zu Fabrikationszwecken zu benützen [92].

III. Beschränkungen des Eigenthums.

§ 121.

1. Im Allgemeinen.

Der Grundsatz, daß dem Eigenthümer die freie Verfügung über den Gegenstand des Eigenthums zustehe, und daß er jede Einwirkung eines Dritten abzuweisen das Recht habe, kann nicht nur durch Bestellung dinglicher Rechte für einen Dritten sondern auch durch allgemeine gesetzliche Bestimmungen beschränkt sein, durch welche dem Eigenthümer eine sonst dem Eigenthumsbegriff entsprechende Verfügung untersagt oder ein sonst dem Eigenthümer zustehendes Widerspruchsrecht gegen Einwirkungen Dritter ausgeschlossen wird. Schon das römische Recht kannte derartige Beschränkungen, welche ihre Begründung theils in der Wahrung öffentlichen Interesses theils des Nachbarverhältnisses oder sonstiger Rechte Dritter fanden [1]. Viel weiter ging hierin das

---

[91] Wassergesetz Art. 54 „mit der Beschränkung, daß dem Wasser der Abfluß in das ursprüngliche Bett des Flusses gegeben werden muß, bevor dieser das Ufer eines fremden Grundstücks berührt." Erk. 20/5 65. Bl. XXX. 302 spricht aus, daß die Behauptung einer Beeinträchtigung des Mitbenützungsrechts durch den unten liegenden Mitberechtigten näher substanzirt werden müsse.

[92] Wassergesetz Art. 58: Die Benützung des Wassers zum Betrieb von Gerbereien, chemischen Fabriken, Bleichen, zu Flachs- und Hanfrösten und zu anderen Bestimmungen, durch welche die Eigenschaften des Wassers auf schädliche Art verändert werden, unterliegt der besonderen Bewilligung und Beschränkung durch die Verwaltungsbehörde, wobei jedoch etwaige Entschädigungsansprüche dritter vorbehalten bleiben. vgl. Erk. 14/1 60. Bl. XXV. 170.

[1] Vgl. Dirksen, Z. f. G. R.W. II. 405 f. Böcking, Pandekten II. § 140. Becker, die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen des römischen Rechts in Jahrb. d. gem. R. V. 149 f. Elvers, Servituten § 33. Windscheid § 169. Arndts § 131. Seuffert, Pandekten § 123. Ein Beispiel der ersten Art sind die Vorschriften über Beerdigung, der zweiten Art die über den Ueberfall von Früchten, der dritten Art über Abholung von Sachen. Die Bestimmungen des römischen Rechts sind theils überhaupt nicht mehr anwendbar, theils ist ihre Anwendung in andere Formen gekleidet.

ältere deutsche Recht [2], welches ausgedehnte Beschränkungen nicht nur in öffentlichem Interesse [3] und für den Familienverband [4] sondern auch für das Nachbarrecht [5] ausbildete. Von Einfluß hierauf waren namentlich die Bauordnungen [6], welche schon im Mittelalter vielfältig den städtischen Statuten einverleibt für manche Verhältnisse, welche nach gemeinem Recht der polizeilichen Regelung überlassen sind, civilrechtliche Vorschriften erließen. Auch die Bayrischen Statuten enthalten zahlreiche Bestimmungen dieser Art [7], deren fortdauernde An=

---

[2] vgl. hierüber Mittermair, Pr.R. § 166. 167. Beseler, Pr.R. § 93. Gengler, Lehrbuch § 62. Hillebrand, Pr.R. § 75.

[3] Dahin gehören namentlich die Regalien und die Verbote der Theilung von Landgütern.

[4] Dahin gehören die Veräußerungsbeschränkungen und das darauf beruhende Näherrecht s. unten § 123.

[5] Vgl. über dieses: Engelbrecht, de jure vicinitatis, Jena 1744. Schröter, E., de jure vicinitatis, Wittemberg 1748. Prosch, die Rechte der Nachbarn, Schwerin 1826 (ganz unbrauchbar, alles auf die Gesammtbürgschaft zurückführend). Seuffert, Erörterungen II. 8 f. Hesse, die Rechtsverhältnisse zwischen Grundstücksnachbarn Eisenberg 1859. Schelhaß, das Nachbarrecht, Würzburg 1863. Förster, P. P.R. § 170. Baumeister, Hamburgisches Pr.R. § 21.

[6] Die wichtigeren sind aufgeführt bei Mittermair § 167, 1, Eichhorn, P.R. § 183 c., Erlabeck de jure aedificiorum, Altorf 1760, welcher letztere die Bestimmungen der Nürnberger Reformation mit denen andern Bauordnungen vergleicht. Ueber das Baurecht vgl. Struve, G. A., aedificiorum jura, Jena 1646, Scholz, das Baurecht, Braunschweig 1839, Grein, Rechtsverhältnisse der Nachbarn in Bauangelegenheiten, Berlin 1842, Matthiä, die Praxis des Baurechts, Braunschweig 1861, Schmädel, Handbuch der im Gebiete der Baupolizei und Verwaltung und des Bau= resp. Nachbarrechts bestehenden Gesetze . . . Bayerns. Augsburg 1846, Stadelmann die Bauführung im Königreiche Bayern, Bamberg 1864.

[7] München, Pausatz und Ordnungen von 1489 renovirt 1631 bei Auer, St.R. 200 f. vgl. Auer, Einleitung § 23—36. Nürnberg, Ref. XXVI. und Sammlung 578—629; vgl. Erlabeck, de jure aedificiorum, Altorf 1760. Dinkelsbühl, St.R. II. 19 Arnold II. 333. Regensburg, Wachtgerichtsordnung 1657 (fast ganz dem Nürnberger Baurecht entnommen; über die fortdauernde Geltung vgl. oben § 3, 81). Amberg, Pau= und Portungsschauordnung 6/2 1552 bei Schenkl, Sammlung der Freiheiten der Stadt Amberg 1820 S. 73 f. Ulm, reformirte Bauordnung 1673 und fast wörtlich damit übereinstimmend Memmingen, erneuerte Bauschauordnung 1747. St. Augsburg, erneuerte Bauordnung 1740, vgl. Nilson, Baurechtslehre in Bezug auf die Bauordnung der Stadt Augsburg 1828. Würzburg, Bauordnung 22/8 1722. M.S. I. 678 und Authentisirung des Stadtbaurechts 25/2 1774. M.S. III. 784. Das letztere ist

wendbarkeit keinem Zweifel unterliegt [8].

Vielfältig wurden früher die auf Immobilien bezüglichen Beschränkungen unter den Gesichtspunkt der Legalservituten gestellt [9], was in diesem Umfang schon deßhalb nicht zuläßig ist, weil es Eigenthumsbeschränkungen gibt, von welchen durch Bestellung einer Servitut befreit werden kann [10]. Andererseits lassen sich nicht alle Bestimmungen unserer Statuten unter den Gesichtspunkt der Eigenthumsbeschränkungen subsumiren, vielmehr sind diejenigen Beschränkungen, welche einem Grundstück nicht an sich sondern nur in Berücksichtigung der besonderen Beschaffenheit eines anderen Grundstücks auferlegt sind, als Legalservituten zu unterscheiden [11]. Diese unterscheiden sich dann dadurch, daß

---

in der Hauptsache aus Behr, das Stadtbaurecht 1767 Schneidt, Thesaurus I. 3373 entnommen. Schweinfurt, Sammlung Tit. 39. 40. Mainz, Bauamtsordnung in Landesordnung VII. bei v. d. Nahmer, Rheinische Partikularrechte II. 761. Pr. L.R. I. 8. 99—189. Förster, P. P.R. § 170.

[8] Die Bauordnung für die Stadt München 2/10 63 Rbl. 1697 und die für die übrigen Landestheile geltende Bauordnung 30/6 64 Rbl. 817 enthalten nur in Ausführung von Pol. St.G.B. Art. 180 baupolizeiliche Vorschriften, welche allerdings eine auf einem Privatrechtstitel beruhende entgegenstehende Berechtigung nicht zulassen Erk. 18/6 55. Z. A.B. VI. 126. Allein dadurch ist der Fortbestand der den Baupolizeigesetzen nicht widersprechenden privatrechtlichen Baubeschränkungen nicht ausgeschlossen. Dieß ist auch Entwurf III. 190 anerkannt, da hier angenommen ist, daß Bestimmungen der lokalen Bauordnungen noch zu Recht bestehen.

[9] s. z. B. Baleke de differentiis juris communis Lubecensis et Rostochiensis in materia luminum in Gesterding, Thesaurus 132. Paulsen, Schleswig-Holsteinisches Privatrecht § 69. Erk. Kiel Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1848, 90.

[10] s. Mittermair, Pr.R. § 167. II. Ipsen, Eigenthumsbeschränkungen nach Lübischem Recht, Schleswigholsteinische Anzeigen 1857. 83. Nürnberg, Reform. XXVI. 3, 1: Es ist niemand zugelassen auf oder gegen seines Nachbarn Gepewen oder Hofrait ainiche Liecht oder Trupfen zu stellen oder zu machen, er hab dann desselben ain bedingte beweisliche Gerechtigkeit. Pr. L.R. I. 8. 191 ist die Möglichkeit der Beseitigung einer derartigen Eigenthumsbeschränkung durch Bestellung einer Dienstbarkeit ausdrücklich anerkannt. Das Princip ist ebenso Wassergesetz Art. 37 anerkannt, indem hier ausgesprochen ist, daß die Eigenthumsbeschränkung hinsichtlich des Wasserlaufs unten § 125, 14 und § 128, 13 durch Vertrag oder Verjährung beseitigt werden könne.

[11] Becker, Eigenthumsbeschränkungen 152. Als solche sind anzuführen das Verbot des Verbauens der Aussicht auf das Meer und des Luftzugs der Tenne Becker, Eigenthumsbeschränkungen 202. Zahlreiche gesetzliche Servituten dieser Art finden sich in unseren Bauordnungen; das nähere unten in der Lehre von den Servituten.

für ihren Bestand lediglich die Thatsache entscheidet, daß die sie veranlassende besondere Eigenschaft des herrschenden Grundstücks vorliegt [12], während die Eigenthumsbeschränkung dem Objekt an sich anklebt.

Wie schon nach römischen Recht [13] kommen auch bei uns gewisse Belastungen des Eigenthums vor, die zwar nicht als Beschränkungen erscheinen, diesen aber nahe verwandt sind (Arrondirungszwang), die Beschränkungen überhaupt können aber theils die positive (Veräußerung, Theilung, Gebrauch) theils die negative Seite des Eigenthums (Verbietungsrecht) betreffen.

§ 122.

2. Arrondirungszwang und Verpflichtung zu Bewässerungsanlagen.

Durch das Gesetz 10/11 1861 [1] die Zusammenlegung der Grundstücke betreffend ist den Grundeigenthümern die Verpflichtung aufgelegt zum Behuf der Zusammenlegung ländlicher Grundstücke sich dem Arrondirungsverfahren zu unterwerfen. Es hat dieses den Zweck durch Veränderung der Abgrenzung bei den dem Verfahren unterworfenen Gütern die Erzielung einer der Bewirthschaftung günstigeren Lage herzustellen [2], und hat daher nicht die rechtliche Bedeutung der Zwangsenteignung [3], sondern die einer zwangsweisen gegenseitigen Grenzbestimmung der in der gleichen Ortsmarkung gelegenen ländlichen Güter [4], wobei in den bisherigen Verhältnissen sowohl was die Ausdehnung als was den Werth der einzelnen Güter betrifft, keinerlei Veränderung vor sich gehen soll, und daher, soweit mit dem zum Zweck der Zusammenlegung vorzunehmenden Umtausch einzelner Grundflächen für den einzelnen Grundbesitzer eine Verkleinerung seines Areals oder eine Werth-

---

[12] Insoferne entscheidet bei Legalservituten die Priorität. Hat der Eigenthümer eine Tenne, so darf der Nachbar ihm den Luftzug nicht verbauen; dagegen hindert es einen Bau nicht, daß dadurch der Nachbar für eine Tenne, die er später bauen würde, keinen Luftzug hätte.

[13] Becker, Eigenthumsbeschränkungen 199.

[1] Commentar von Gerstner in Dollmann G.G. I. 3. 405—541.

[2] s. Gerstner, Comm. 411.

[3] Arr.Ges. Art. 1. Nr. 3.

[4] Durch Vermarkungsgesetz 16/5 68. Art. 5 ist die Anwendung des Arrondirungsverfahrens bei der Vermarkung ausdrücklich für zuläßig erklärt, vgl. oben § 118, 29.

verminderung desselben verbunden ist, eine Ausgleichung durch Geldleistungen stattfindet [5]. Das dem Arrondirungsverfahren zu Grund liegende Rechtsgeschäft ist lediglich ein Tausch, und der Arrondirungszwang daher ein Zwang zum Austausch [6], welcher nur zuläßig ist, wenn die dadurch zu erzielende günstigere Lage der Grundstücke ohne Beiziehung der Grundstücke der Minderheit nicht hergestellt werden kann [7]. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

I. Die Arrondirung kann entweder sämmtliche dem Arrondirungszwang unterworfene Grundstücke einer Ortsmarkung oder eine zusammenhängende wenigstens den dritten Theil derselben betragende Grundfläche umfassen, oder sich nur auf Aecker und Wiesen der Ortsmarkung erstrecken, und zwar die Gesammtheit oder eine zusammenhängende wenigstens den dritten Theil derselben betragende Fläche [8].

II. Von dem Arrondirungszwang sind ausgenommen Grundstücke die ihrer Lage nach als Bauplätze zu betrachten sind, oder die mit Gebäuden zusammenhängen, Gärten, Obstbaumpflanzungen, Weinberge, Hopfen- und Weideanlagen, Waldungen, Fischteiche, zu gewerblichen Anlagen oder zum Wirthschaftsbetrieb dienende Gewässer, Kies- Lehm- Mergel- und Sandgruben, Stein- und Schieferbrüche, Grundstücke in denen sich Torf- Steinkohlen- Braunkohlen- Gypslager oder Mineralquellen befinden, Grundstücke, die zum Bergbau oder zu gewerblichen und industriellen Anlagen dienen, zusammenhängende Grundstücke desselben Eigenthümers von wenigstens 10 Tagwerk Grundfläche, und Grundstücke, die eine so besondere Beschaffenheit haben, daß ihr Werth durch Zuweisung einer andern Bodenfläche nicht ausgeglichen werden kann [9].

III. Das Arrondirungsverfahren wird eingeleitet, wenn wenigstens 10 Grundeigenthümer des betreffenden Bezirks dabei betheiligt und

---

[5] Arr.Ges. Art. 1. Nr. 4.

[6] Gerstner, Comm. 430.

[7] Arr.Ges. Art. 1. Nr. 3.

[8] Arr.Ges. Art. 1. 2. Die hier gebrauchten Ausdrücke Ortsmarkung und Ortsflur sind gleichbedeutend Gerstner, Comm. 431. Der Begriff der Ortsmarkung fällt in der Regel mit dem des Gemeindebezirks zusammen, Gerstner, Comm. 431, 7. Die Gem.O. Art. 3 hat die Begriffe Gemeindebezirk und Gemeindemarkung gleichgestellt. Es dürfte dieß auch für das vorliegende Verhältniß bestimmend sein.

[9] Arr.Ges. Art. 4.

wenigstens vier Fünftheil derselben über die Art und Weise des Umtauschs unter sich einig sind, insoferne diese Mehrzahl zugleich im Besitz von wenigstens vier Fünftheil des Flächeninhalts der zusammenzutauschenden Grundstücke sich befindet und wenigstens vier Fünftheil der bezüglichen Grundsteuer auf sie entfällt [10], bei welcher Berechnung nur die in der Ortsflur liegenden Aecker Wiesen und nicht als Bestandtheile eines Waldes erscheinendeu Oedungen in Betracht gezogen werden [11]. Grundstücke, über deren Besitz Eigenthum oder Grenzen ein Rechtsstreit besteht, oder die einer Gantmasse angehören, können, solange dieses Verhältniß währt, zum Arrondirungsverfahren nicht gezogen werden [12]. Bei Berechnung der zum Beschluß über die Einleitung erforderlichen Mehrheit werden Miteigenthümer eines Grundstücks für eine einzige Person gezählt, und werden als beistimmend betrachtet, wenn von ihnen wenigstens die Hälfte nach dem Theilnahmeverhältniß berechnet sich für den Umtausch ausspricht. Besitzer von Lehen Familienfideicommissen und bäuerlichen Erbgütern werden den vollen Eigenthümern gleichgeachtet [13]. Die Betheiligten haben einen von einem geprüften und verpflichteten Geometer entworfenen oder revidirten Plan zu Grund zu legen, in welchem die Modalitäten der von der Mehrheit vereinbarten Zusammenlegung sowie die Vorschläge für den den Widersprechenden zu gewährenden Ersatz niederzulegen sind [14].

IV. Verhandlung und Bescheidung in Arrondirungssachen steht den Administrativbehörden zu, außer wenn von Seite eines Betheiligten die Verpflichtung zur Ertheilung des Consenses aus einem besonderen Rechtstitel, namentlich wenn die Gleichheit des Werthes der umzutauschenden Grundstücke bestritten wird, in welchem Fall das betreffende Civilgericht competent ist. Zuständig ist die Distriktsverwaltungsbehörde in erster die vorgesetzte Kreisregierung Kammer des Innern in zweiter Instanz [15]. Die Verwaltungsbehörde hat die widersprechenden Grundeigenthümer sowol als die zum Wiederspruch befugten dinglich Berechtigten mit ihren Einwendungen zu vernehmen [16]. Wird nach

---

[10] Arr.Ges. Art. 1.
[11] Arr.Ges. Art. 3.
[12] Arr.Ges. Art. 4. Nr. 7.
[13] Arr.Ges. Art. 3.
[14] Arr.Ges. Art. 11.
[15] Arr.Ges. Art. 21.
[16] Arr.Ges. Art. 12 und 22.

verhandelter Sache dem Antrag stattgegeben, so vertritt der rechtskräftige Beschluß die Stelle des Consenses der widersprechenden Eigenthümer. Fischerei- Weide- und Servitutberechtigten steht ein Widerspruchsrecht überhaupt nicht [17], Lehen- Grundrenten- und Erbfolgeberechtigten Hypothekgläubigern Pächtern und Nutznießern steht ein solches nur in soferne zu, als die Werthgleichheit der Tauschobjekte in Frage steht [18]. Mit Genehmigung der Arrondirung gehen die dinglichen Berechtigungen unverändert auf die eingetauschten Objekte über, mit Ausnahme der in Folge der Zusammenlegung entbehrlich gewordenen Dienstbarkeiten, welche erlöschen [19]. In den Fällen, in welchen die Competenz der Civilgerichte begründet ist, haben die Antragsteller auf Ergänzung des Consenses gegen die widersprechenden Eigenthümer und dinglich Berechtigten Klage zu stellen [20].

II. Verpflichtung zu Bewässerungsanlagen. Nach dem Gesetz 28/5 1852 über die Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen zum Zweck der Bodencultur sind, wenn Bewässerungs- oder Entwässerungsunternehmungen nur durch Ausdehnung auf eine mehreren Eigenthümern gehörige Grundfläche ausgeführt werden können, wenn die Eigenthümer von wenigstens zwei Drittheilen der betreffenden Grundfläche sich für das Unternehmen erklären, die Eigenthümer der übrigen Theile zur Theilnahme an der nach den gesetzlichen Bestimmungen auszuführenden Unternehmung verpflichtet [21].

III. Verpflichtung zur Instandhaltung der Privatflüsse. Die Eigenthümer von Privatflüssen haben die Verpflichtung, nach den gesetzlichen Bestimmungen alle Hindernisse des Wasserablaufs zu beseitigen [22].

---

[17] Arr.Ges. Art. 10.
[18] Arr.Ges. Art. 6.
[19] Arr.Ges. Art. 10 und 23.
[20] Arr.Ges. Art. 21.
[21] Bewässerungsgesetz Art. 16.
[22] Wassergesetz Art. 47 und 49.

3. Beschränkung des Verfügungsrechts.

§ 123.

A. Der Veräußerung.

In der Regel ist mit dem Eigenthum auch die Befugniß der Veräußerung gegeben; diese kann jedoch durch Gesetz richterliche Verfügung oder Privatdisposition beschränkt sein.

I. Gesetzliche Veräußerungsverbote[1]. Als solche sind nach unserem Recht folgende aufzuführen:

1. Familienfideicommisse und landwirthschaftliche Erbgüter[2] sind nach den für diese Güterarten geltenden gesetzlichen Bestimmungen unveräußerlich.

2. Gemeinrechtlich können Dotalgrundstücke bis zur Rückgabe der Dos an die Ehefrau auch nicht mit Einwilligung der letzteren veräußert werden[3], außer wenn die Dos nicht an die Frau zurückfällt[4]. Eine Ausnahme ist begründet nach denjenigen Statuten, welche dem Ehemann nicht Eigenthum sondern nur ein Nutzungsrecht an Dotalsachen einräumen, indem hier der Veräußerung der Dotalgrundstücke mit Einwilligung der Frau nichts im Wege steht[5].

Dagegen ist die Bestimmung der V. 13/6 1817 bestätigt durch V. 30/8 1857 § 14, wornach alle Gattungen Getreide und die übrigen zur menschlichen Nahrung dienenden Früchte, die auf Aeckern gebaut werden, nicht auf Halm und Wurzeln verkauft werden durften[6], sowie

---

[1] Es werden hier nur diejenigen aufgeführt, welche der Veräußerung einer Sache überhaupt entgegenstehen, nicht diejenigen, welche nur die Veräußerungsbefugniß einzelner Personen beschränken, so des Vormunds bezüglich der Immobilien des Bevormundeten, des Hausvaters hinsichtlich der regelmäßigen Adventitien der Hauskinder, der in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten bezüglich der zum Ehevermögen gehörigen Immobilien oben § 61, 23 f., des Erben hinsichtlich vermachter Sachen.

[2] Fid.Ed. § 52. Erbgütergesetz 22/2 55. Art. 6—8.

[3] pr. J. 2. 8. l. un. § 15. Cod. 5. 13. Ueber die Ausnahmen, welche nach deutscher Praxis angenommen werden vgl. Glück, Comment. XXV. 419.

[4] l. 3. § 1. D. 23. 5.

[5] Vgl. oben § 56, 37.

[6] L.T.A. 18/2 1871. § 20. Gbl. 309. „Die allerhöchste Verordnung 13/6 1817 den Verkauf des Getreides auf dem Halm oder auf der Wurzel betreffend sowie alle civilrechtlichen Bestimmungen, welche den Verkauf auf dem Feld

das gemeinrechtliche [7] Verbot der Veräußerung in Streit begriffener Sachen in Bayern gesetzlich beseitigt [8].

II. Richterliches Veräußerungsverbot. Dieses kann sich auf eine einzelne Sache oder das ganze Vermögen einer Person beziehen [9], in beiden Fällen ist die gegen das Verbot vorgenommene Veräußerung nichtig [10].

III. Vertragsmäßige Veräußerungsverbote wirken nicht dinglich gegen den dritten Besitzer, sondern begründen nur einen Anspruch auf Entschädigung gegen den anderen Contrahenten bei Zuwiderhandlung [11].

§ 124.

B. Beschränkung der Theilung.

Nach älterem Recht bildete die Untheilbarkeit der Grundbesitzungen, theils aller theils wenigstens der bäuerlichen die Regel [1]. Auch die bayrischen Statuten enthielten vielfache Beschränkungen [2]. Durch das Ansäßigmachungsgesetz 11/9 1825 § 3 wurde jedoch die Zerschlagung

---

stehender Bodenerzeugnisse verbieten oder beschränken sind aufgehoben." Vgl. Pözl, Comment. in Dollmann, G.G. I. 4. 457—466.

[7] Windscheid § 125. In dem Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts und des Preußischen Landrechts war dieß Verbot überhaupt nicht anerkannt. Vgl. Veräußerung litigiöser Sachen Bl. X. 177. Erk. 1/7 52. Bl. XVII. 361. Seuffert, Comment. II. 142. Förster, P. P.R. § 51, 17 und § 99, 101.

[8] Ges. 22/2 55. Art. 2. „Der Umstand, daß über ein seiner Natur nach übertragbares Recht ein gerichtlicher Streit anhängig ist, bildet kein Hinderniß gegen die rechtsgültige Abtretung desselben."

[9] Pr.O. 1050. 1210.

[10] Hyp.Ges. § 160.

[11] Windscheid § 172 a. 6—8. Erk. 1/3 67. Bl. XXXII. 300. Ueber die Wirkung der Eintragung von Dispositionsbeschränkungen in das Hypothekenbuch vgl. unten § 154 und 159.

[1] Ueber die historische Entwicklung s. Beseler, Pr.R. § 186.

[2] Durch Mandat 24/2 1762. Nr. 15 (Sammlung 456) ausgedehnt durch V. 21/9 1792 Döllinger XIV. 208 auf die drei consolbirten Herzogthümer wurde die Zertrümmerung bis zu einem Achtelgut gestattet. Auch in anderen Rechtsgebieten finden sich Verbote, so Bayreuth, L.Const. III. Arnold II. 208, Bamberg, V. 5/2 1593 und 9/2 1800 Weber I. 829 Döllinger XIV. 210, Fulda, Edikt 20/6 1735 Thomas II. 191 f., Salzburg, V. 2/2 1782 Zauner I. 313. Das Preußische Landrecht enthält keine Beschränkungen. Förster, P. P.R. § 171.

ludeigner Güter ohne Beschränkung, grundbarer Güter bis zu Parzellen von 45 Kreuzer Grundsteuersimplum gestattet, während für Zertheilung grundbarer Güter in kleinere Parzellen der grundherrliche Consens vorbehalten war, welche letztere Beschränkung mit Aufhebung des Grundbarkeitsverbandes [3] hinweggefallen ist, so daß nach bayrischem Recht die Theibarkeit des Grundbesitzes die Regel bildet [4]. Ausnahmen hievon sind:

1. bei Lehen, Fideicommissen und bäuerlichen Erbgütern ist die Unzuläßigkeit der Theilung durch das besondere Rechtsverhältniß dieser Vermögenscomplexe gegeben.

2. Abtheilung gemeinschaftlicher Privatwaldungen ist nur mit Zustimmung der Forstpolizeistelle gestattet [5].

C. Beschränkung des Gebrauchs.

§ 125.

a. bei Grundflächen.

Der Grundsatz, daß der Eigenthümer sein Eigenthum beliebig gebrauchen könne, erleidet für Grundflächen folgende Ausnahmen:

1. **Verpflichtung bei schadendrohenden Veranstaltungen.** Gemeinrechtlich ist der Eigenthümer, der auf seinem Grundstück Veranstaltungen trifft, welche zwar nicht in das Eigenthumsrecht des Nachbarn eingreifen, aber diesen mit Schaden bedrohen, auf Verlangen des bedrohten Eigenthümers nach vorgängiger Cautionsleistung zum Ersatz des verursachten Schadens verpflichtet [1]. Nur für den aus besonderen Veranstaltungen [2] entspringenden Schaden kann Cautions-

---

[3] Ablösungsgesetz 4/6 1848. Art. 16. 17.

[4] Das Ges. 28/5 1852, die gewerbsmäßige Gutszertrümmerung betreffend, hatte nicht die Theilung beschränkt, sondern nur die gewerbsmäßige Parcellirung mit Strafe bedroht.

[5] Forstgesetz 28/5 52. Art. 20.

[1] Ueber die cautio damni infecti vgl. Hesse, Rechtsverhältnisse der Grundstücksnachbarn I. 1—184. Seuffert, Pand. § 429. Reinhard, von der cautio damni infecti, A. f. C.Pr. XXX. 216 f. Windscheid § 458. 459. Arndts § 328.

[2] l. 24. § 2. D. 39. 2. Sed ut ne quid aedium loci operisve vitio damnum factum sit stipulatio interponitur. Besondere Anwendungsfälle sind: Gefahrdrohende Bauwerke l. 19. § 1. D. 39. 2 namentlich Wasserbauten

leistung angesprochen [3] und nur auf Grund der errichteten Caution kann die Schadensersatzklage gestellt werden [4]. Abweichend hievon ist nach Preußischem Recht die Entschädigungspflicht des Eigenthümers nicht von vorgängiger Caution bedingt [5]. Nach römischem Recht hatte das Institut der cautio damni infecti den Zweck, nicht nur die Entschädigungspflicht des Eigenthümers einer schadendrohenden Veranstaltung sicher zu stellen, sondern auch einen indirekten Zwang der Ausbesserung gegen ihn auszuüben [6]; indessen ist dieß in unseren Statuten

---

Backöfen und Brunnen l. 7. pr. l. 24. § 7 und 12. D. 39. 2; Wasserröhren l. 18. D. 8. 2; Düngergruben l. 17 § 2. D. 8. 5; Bäume l. 24. § 9. D. 39. 2; Graben in den Untergrund l. 24. § 12. D. 39. 2. Dagegen ist das Rechtsmittel gegen die aus der natürlichen Beschaffenheit des Bodens entstehenden Beschädigungen nicht gegeben. l. 24. § 2. D. 39. 2. Denique nemo dixit palustris loci vel arenosi nomine quasi vitiosi committi stipulationem, quia naturale vitium est.

[3] Nach römischem Recht ist ein bestimmtes Verfahren vorgezeichnet, indem die Cautionsleistung nicht direkt erzwungen sondern mit der missio in possessionem ex primo et secundo decreto gegen den Beklagten vorgegangen wird Hesse, Rechtsverhältniß I. 152 f. Allein dieß ist jetzt nicht mehr praktisch, vielmehr wird, wenn der Beklagte nicht Folge leistet, mit Strafandrohungen gegen ihn vorgeschritten und schließlich die Caution in contumaciam für geleistet erachtet Hesse, Rechtsverhältnisse I. 181, und 182, 1, Glück, Comm. XVIII. 266, Reinhard, A. f. C.P. XXX. 247. Andere halten das Missionsverfahren gemeinrechtlich auch jetzt noch für anwendbar, Windscheid § 459. Nr. 4, Arndts § 328, Vangerow § 678 Anm. Nr. VII, Holzschuher § 328 Nr. 4. Die Beseitigung durch Uebung spricht schon aus Bayr. L.R. IV. 16. 10. Nr. 2 „wird zwar nach römischem Recht Implorant anfänglich ex primo hiernach ex secundo decreto in das hinfällige Haus immittirt, welches aber heut zu Tag nicht mehr in Uebung ist," und es ist durch G.O. V. 10 Nr. 7 die Immissio ex primo vel secundo decreto in Bayern überhaupt ganz abgeschafft; vgl. auch Anm. a. zu G.O. XVIII. 6. Die neue Pr.O. Art. 1007 f. kennt die Immission nur als Einweisung in die Erträgnisse. Nach Bayrischem Recht kann demnach von einer Anwendung des römischen Missionsverfahrens keine Rede mehr sein.

[4] l. 7. § 1. D. 39. 2. Hesse, Rechtsverhältnisse I. 132. Windscheid § 458, 2. Hohenlohe, L.R. III. 22. 6 Arnold II. 489. Ueber die Ausnahmsfälle, in welchen auch ohne Cautionsleistung Schadensersatz begehrt werden kann s. Hesse, Rechtsverhältnisse I. 134.

[5] Förster, P. P.R. § 171, 4. Koch, P.R. § 602, 2. Gruchot, Beiträge VI. 127.

[6] Hesse, Rechtsverhältnisse I. 13. Die Cautionspflicht hat daher allerdings die Bedeutung einer gesetzlichen Eigenthumsbeschränkung, wie dieß auch gewöhnlich angenommen wird s. Windscheid § 169, 16, Arndts § 131. a. M. Becker,

theilweise dahin ausgedehnt, daß gegen den Eigenthümer des schadhaften Bauwerks ein direkter Zwang geübt werden kann [7]. Einzelne Sta=

Jahrb. f. Dogm. V. 172. Jedenfalls ist das Institut in der Gestalt, die es in unseren Statuten erhalten hat, den Eigenthumsbeschränkungen beizuzählen.

[7] Ulm, BO. V. 1 und Memmingen, B.O. IX. 1: Es sollen auch unsere jederzeit verordnete Baugeschworene sonderlichen darauf Achtung geben wie die Bau und Häuser in der Statt allhier underhalten werden. Und da sie darunder befinden, daß die Eigenthums Herrn derselben auß Fahrlässigkeit Kargheit oder Unvermöglichkeit solche ihre Häuser oder andere Bau in Abgang kommen und verfallen lassen, so sollen sie an unser statt ihnen bei Straff zehn Gulden gebieten innerhalb eines Vierteljahrs, da es anderst die Zeit leiden mag, nothwendig zu bauen, oder einem andern, der es bauen zu lassen erbietig ist, in billichem Werth zu kaufen geben mit der Bedrohung, da er solchem, so ihm auffserlegt, nicht nachkommen wurde, daß alsdann ein Rath solch baufällige Hauß uff der Ganth umschlagen und folgendes, sofern dasselbig von denen, so Zins darauf hätten oder von andern nicht angenommen wurde, von gemeiner Statt Gut und derselben zu Nutz bauen lassen wolle. Regensburg, W. G.O. XX. 1: So jemands ein bawfällig Hauß Thurm Erker Keller oder anders dergleichen gemacht hat, darauß man sich auff gemeiner Statt Gassen oder gegen seinen Nachbarn gefährlichkeit zu besorgen hat, der soll auf Begehren seines Nachbarn oder auch sonsten von Ambts wegen wie dann die Wachtherrn hierauf gute Obsicht haben vnd dergleichen Bawfall ohnverzüglich zu bessern und dermassen zuzurichten und zufürsehen damit man sich ferner deßhalb nichts zu befahren hat, da er aber solchen Bau nicht thun wollte oder zu thun nicht vermöchte, alßdann soll man dasselbige Hauß mit dem ehisten verganten oder sonsten in ein ander Hand kommen lassen, damit es der Notturft nach zugerichtet vnd gebauet werde, auch soll unterdessen in solchen baufällen derjenige, welchem das baufällige Hauß oder Stück zugehörig, seinen benachbarten de damno infecto wie es sich von Rechtswegen gebührt, zu cavirn schuldig und angehalten sein. Mainz, L.O. VII. 10. Wann unserm Vicedom und Gewaltsboten Klag vorkommt, oder sie es sonsten in Erfahrung bringen, daß ein Bau oder Mauer wegen Alter oder andern Mangels halber also beschaffen, daß einiger Einfall denen Benachbarten oder Vorübergehenden schaden mögte, so sollen sie nach genommenem Augenschein, wo dieses sich also finden würde, dem Eigenthums Herrn zu Ablegung solchen Baues oder baufälligen Mauer, soweit es die Nothdurft erfordert, einen hinlänglichen Termin bei arbitrarischer Straff anberaumen, nach fruchtloser Verfließung dieses Termins aber die wirkliche Exekution vornehmen, auch folgends wegen Aufführung eines neuen an Platz des abgelegten alten Baues dasjenige beobachten, was hieroben von Stellung neuer Bäuen sich verordnet befindet. Den gleichen Standpunkt hat Pr. L.R. I. 8. 36—59, welches der Obrigkeit das Recht einräumt, Gebäude, deren Herstellung der Eigenthümer vernachläßigt, zur Subhastation zu bringen Förster, P. P.R. § 171, 10. Bayr. L.R. IV. 16. 10. „welches falls man begehren kann, daß er die Baufälligkeit wende oder für allen daraus erfolgenden Schaden hinlängliche Caution leiste. Falls nun weder eins

tuten dehnen dieß bis auf eine Verpflichtung des Eigenthümers aus die Herstellung gewisser Anstalten namentlich der Abtritte [8] Schwindgruben [9] und Brunnen [10] in der Art vorzunehmen, daß dadurch einer Beschädigung des Nachbarn vorgebeugt werde.

II. Verpflichtungen hinsichtlich des Wasserlaufs. Nach gemeinem Recht hat der Eigenthümer die Befugniß, die Wegnahme einer den Lauf des auf sein Grundstück abfließenden Regenwassers ändernden ihm Schaden bringenden Vorrichtung mit Her-

---

noch anderes geschieht ... so laßt man die Baufälligkeit soweit als zu Verhütung des dem Nachbarn besorglichen Schadens nach unpartheiischem Gutachten Bauverständiger Leuten erforderlich ist von Amtswegen wenden und die nöthigen Kosten von den Inhabern des baufälligen Hauses executive einbringen, oder sofern er nicht im Stand ist das Haus quanti plurimi verkaufen und die nöthige Reparation durch den Käufer verfügen." Das Bayrische Landrecht stimmt demnach im Princip mit den oben erwähnten Statuten überein, und die Beibehaltung der Kaution muß um so mehr als völlig bedeutungslos bezeichnet werden, da ja nach Befund der Umstände davon ganz Umgang genommen werden kann Bayr. L.R. IV. 16. 10. Nr. 6. „Hat obige Verordnung nicht nur in gefährlichen Baufälligkeiten benachbarter Häuser sondern auch ex argumento et ratione legis in anderen dergleichen besorglichen Schäden statt, dergestalt, daß wenn die Gefahr sehr groß oder der Schaden fast unvermeidlich ist, man nicht einmal Cautionem zuläßt, sondern dem Befund nach alsogleich völlige Abstellung hierunter vorkehrt, z. E. da an des Nachbarn Wand ein Privet Backofen oder Feuerstatt so nahe angelegt wird, daß man dadurch in Feuersgefahr oder andere widerrechtliche Ungelegenheit kommt, item da man so tief grabt, daß des Nachbars Mauer darüber sinken muß und dergleichen mehr."

[8] Namentlich bestimmen Verkleidung der Gruben mit Letten München. B.O. 48, Augsburg, B.O. II. 62; Ausmauern Regensburg, W. G.O. XVII. 1. München, B.O. 39 verbietet die Grube durch den Letten zu graben, damit die Brunnen nicht verdorben werden. Nur im allgemeinen schreiben schadenfreie Anlegung vor Memmingen, B.O. XX. 4, Amberg, B.O. XXI.

[9] München, B.O. 49 und Augsburg B.O. II. 65 bestimmen für Schwindgruben Verkleidung mit Letten.

[10] Regensburg, W. G.O. XVII. 5: So jemand in seiner Behausung Hoff oder Garten einen neuen Brunnen zu graben willens wäre, deme soll es wie bißhero also auch ins künfftig unverwehrter bleiben, doch daß gleichwoln vorhero durch den Wachtherrn der Augenschein eingenommen, die Nachbarn, welchen etwann durch solch Brunnengraben schaden zuwachsen möchte, hierüber gehört, vnd vorderist dahin gesehen werde, damit man allerseits das Waagrecht wie sonst gebräuchig in abwögen des Wassers beobachte und nechst deme mit dem graben nicht zu tief fahre, auch sonsten dergleichen fürsehen beschehe, damit keiner den andern Nachbarn das Wasser abgrabe, noch anderwärtigen Schaden gefährlicherweise zufuege.

stellung des früheren Wasserlaufs und Schadensersatz zu verlangen [11], womit das Bayrische Landrecht übereinstimmte [12], während nach Preußischem Landrecht der obere Eigenthümer zu Anlagen für Aenderung des Wasserlaufs, der untere zur Deckung, jedoch mit der Verpflichtung, die Vorfluth zu gestatten, berechtigt war [13]. Durch die Gesetzgebung ist dieß in Bayern dahin bestimmt, daß der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks zwar den Ablauf des Wassers von dem höher liegenden Grundstück nicht hindern darf [14], dem Eigenthümer des höheren Grundstücks jedoch nicht die Befugniß zusteht, dem Wasser, welches auf seinem Grundstück entspringt oder sich darauf natürlich sammelt zum Abflusse auf fremdes Eigenthum eine dasselbe belästigende andere Leitung zu geben, als wohin nach Beschaffenheit des Bodens der natürliche Lauf geht, insoferne nicht eine entgegenstehende Servitut begründet ist [15].

III. Entfernung von der Grenze. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer die Befugniß, unter Einhaltung der Grenzlinie der Oberfläche auf seinem Grundeigenthum beliebige Veranstaltungen zu treffen, ohne daß er eine gewisse Entfernung einzuhalten verbunden wäre [16]. Einzelne Statuten bestimmen jedoch, daß er bei gewissen Anlagen eine bestimmte Entfernung von der Grenze einhalten müsse, namentlich für Abtritte [17], Mistgruben und Schwindgruben [18], Wasserlöcher [19], Brunnen [20], Schweineställe [21], Mauern Plancken und Zäune [22], Gräben und Wälle [23], Bäume [24], Hopfenpflanzen [25],

---

[11] Hesse, Rechtsverhältnisse I. 184 f. Windscheid § 169, 11 und 473.

[12] Bayr. L.R. IV. 16. 11. Amberg, B.O. 32.

[13] Pr. L.R. I. 8. 102. Förster, P. P.R. § 170, 55.

[14] Wassergesetz 28/5 52. Art. 35.

[15] Wassergesetz Art. 34 und 37.

[16] vgl. oben § 118, 57 und unten § 126, 2.

[17] 1½ Fuß München, B.O. 48; 3 Fuß Nürnberg Ref. XXVI. 13, Mainz, B.O. VII. 32, Augsburg, B.O. II. 62, Regensburg, W. G.O. XVII, Amberg, B.O. 21, P. L.R. I. 8. 125—127; 4 Fuß Ulm, B.O. XVI. 4, Memmingen, B.O. XX.

[18] 1½ Fuß München, B.O. 49; 2 Fuß Memmingen, B.O. XX. 7; 3 Fuß Regensburg, W.G.O. XVII., Pr. L.R. 1. 8. 125—127; 4 Fuß Augsburg, B.O. II. 64.

[19] 3 Fuß Mainz, B.O. VII. 33; 4 Fuß Ulm, B.O. XVI. 4, Memmingen, B.O. XX. 4.

[20] 3 Fuß Augsburg, B.O. II. 73, Pr. L.R. I. 8. 131.

[21] 3 Fuß Pr. L.R. I. 8. 125.

[22] 1½ Fuß München, B.O. 52.

[23] 3 Fuß Pr. L.R. I. 8. 185. 187.

Hecken [26], Gartenbeete [27].

IV. Betreiben unleidlicher Gewerbe. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer das Recht lärmende Gewerbe in seinem Eigenthum zu betreiben und dem Nachbarn steht kein Verbietungsrecht dagegen zu [28]. Einzelne Statuten beschränken jedoch die Befugniß zum Betrieb lärmender Gewerbe [29].

V. Beschränkung der Waldbenützung. Durch die Bestimmungen des Forstgesetzes 28/5 1852 [30] ist die Waldbenützung bestimmten Beschränkungen unterworfen, welche für Gemeinden Stiftungen und Corporationen bis zu einer Unterwerfung unter die Oberaufsicht des Staates ausgedehnt ist [31], bei den Privatwaldbesitzern jedoch nur in der Unterwerfung unter die forstpolizeilichen Bestimmungen sich äußert [32]. Als derartige Beschränkungen sind aufzuführen:

1. Die Eigenthümer der Privatwaldungen sind verbunden, die der Holzzucht zugewendeten Grundstücke in Holzbestand zu erhalten, und jede Abschwendung, nämlich jede den Wald ganz oder auf einen Theil seiner Fläche verwüstende sein Fortbestehen unmittelbar gefähr-

---

[24] Augsburg, B.O. II. 81—85, Regensburg, W. G.O. XIX. 1.

[25] 8 Fuß München, B.O. 55; 10 Fuß Memmingen, B.O. 25, Augsburg, B.O. II. 81.

[26] Pr. L.R. I. 8. 174.

[27] München, B.O. 50. 51.

[28] Spangenberg, A. f. C.Pr. IX. 272. Hesse, Rechtsverhältnisse II. 39. Pagenstecher, Eigenthum I. 120. Erk. Dresden 20/8 57 Sf. XII. 123. vgl. Windscheid § 169, 20. Dieß gilt ebenso nach Preußischem Recht Förster, P. P.R. § 169, 13.

[29] Augsburg, B.O. II. 188 und Schweinfurt, Sammlung 320 verbietet die Verlegung klopfender Gewerbe an die Hauptstraßen. Nürnberg, Ref. XXVI. 11 ist bestimmt, daß Webstühle nur in Entfernung von einem halben Schuh von des Nachbarn gekleibter oder hölzerner Wand aufgestellt werden dürfen. Bayr. L.R. III. 6. 2 verbietet zwar Schmieden Schlossern und anderen dergleichen großes Getöse und Unruhe verursachenden Handwerksleuten in der Gegend, wo bereits Räthe, Professores und andere von Studiis Profession machende Personen ihr Quartier haben, Wohnungen zu miethen, sie seien denn schon vor ermelten Inwohnern selbiger Ort bewohnt gewesen, allein eine Beschränkung des Eigenthümers läßt sich daraus nicht ableiten.

[30] Commentar von Brater Dollmann, G.G. II. 1. 393 f.

[31] Forstges. Art. 6—18.

[32] Forstgesetz Art. 19. „Die Privatwaldbesitzer sind hinsichtlich der Benützung und Bewirthschaftung ihrer Waldungen an die forstpolizeilichen Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes gebunden."

bende Handlung zu unterlassen, sowie kulturfähige Waldblößen aufzuforsten. Hält der Eigenthümer die zur Ausführung deßfallsiger Kulturen von der Forstpolizeibehörde bestimmte Frist nicht ein, so kann das Forststrafgericht neben Auflegung einer Geldstrafe die Ausführung der Kulturen auf Kosten des Säumigen durch das Forstamt anordnen [33].

2. In Schutzwaldungen ist nicht nur die Abschwendung und Rodung [34] sondern auch der kahle Abtrieb [35] verboten. Schutzwaldungen sind die Waldungen auf Bergkuppen und Höhenzügen an steilen Bergwänden Gehängen und sogenannten Leiten, auf Steingerölle des Hochgebirgs, auf Hochlagen der Alpen und in allen Oertlichkeiten wo die Bewaldung zur Verhütung von Bergstürzen und Lawinen dient, oder wo durch die Entfernung des Waldes den Sturmwinden Eingang verschafft würde, dann in Ortslagen, wo von dem Bestehen des Waldes die Verhütung von Sandschollen oder die Erhaltung der Quellen oder Flußufer abhängig ist [36].

3 In den anderen Privatwaldungen ist die gänzliche oder theilweise Rodung nur mit Genehmigung der Forstpolizeibehörde gestattet, wenn die auszustockende Fläche zu einer besseren Benützung insbesondere für Feld- Garten- Wein- oder Wiesenbau unzweifelhaft geeignet, das Fortbestehen des Waldes nicht zum Schutz gegen Naturereignisse nothwendig ist, und die Forstberechtigten in die Rodung gewilligt haben [37], wobei zur Ausführung der Cultur eine bestimmte Frist festgesetzt wird [38]. In Fällen der Abschwendung des kahlen Abtriebs in Schutzwaldungen und der unerlaubten Rodung oder Erweiterung von Alpenängern und Lichtungen kann von dem Forststrafgericht neben Auflegung der gesetzlichen Geldstrafe das weitere verbotwidrige Verfahren sofort eingestellt

---

[33] Forstges. Art. 41. 42.

[34] Forstges. Art. 35, 2 und Art. 36. Rodung ist die Beseitigung des Waldbestandes, um die Waldfläche zu einer anderen Culturart zu verwenden. Brater, Comm. 474.

[35] Forstges. Art. 40. Der kahle Abtrieb ist die Beseitigung des Waldbestandes mit der Absicht, den Waldboden durch Pflanzung oder Besamung wieder aufzuforsten Brater, Comm. 474.

[36] Forstges. Art. 36. Ob ein Wald die Eigenschaft eines Schutzwaldes habe, steht der richterlichen Entscheidung zu. Erk. des C.H. 5/5 65 Stenglein, Z. IV. 248.

[37] Forstgesetz Art. 35. 37.

[38] Forstgesetz Art. 38.

und die Leistung einer zureichenden Sicherheit aufgetragen, sowie die Wiederherstellung des Waldes auf Kosten der Betheiligten durch die Forstpolizeibehörde angeordnet werden [39]. Vom 2. April 1852 an ist die Begründung neuer dinglicher Forstberechtigungen untersagt [40].

§ 126.

b. bei Gebäuden.

Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer nicht die Verpflichtung bei der Errichtung von Gebäuden auf die Nachbargrundstücke weitere Rücksicht zu nehmen, als die, daß er seine Eigenthumsgrenze nicht überschreite [1]; er kann daher unmittelbar an der Grenze und so hoch bauen als er will [2]. Dagegen enthalten unsere Statuten mehrfache Bestim-

---

[39] Forstgesetz Art. 77.

[40] Forstgesetz Art. 34 und 180. Durch V. 14/7 1852 ist das Forstgesetz vom 1. Januar 1853 an in Wirksamkeit getreten, das Verbot der Errichtung von Forstservituten hat jedoch nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung schon mit dem Tag der Verkündung des Gesetzes seine Wirksamkeit erlangt.

[1] Ueber die gesetzlichen Servituten sowohl des gemeinen als des Preußischen Rechts vgl. oben § 121.

[2] In l. 13. D. 10. 1 sind die Bestimmungen der Solonischen Gesetzgebung wiederholt, wonach Gebäude nur in einer Entfernung von zwei Fuß von der Grenze errichtet werden durften; es ist wahrscheinlich nicht nur, daß diese Bestimmung praktische Gültigkeit hatte, sondern auch, daß sie später noch weiter ausgedehnt wurde s. Becker, Jahrb. f. Dogm. V. 188, Böcking, Pandekten § 140, 19. Nur vereinzelt wird ihr noch jetzt gesetzliche Geltung zugeschrieben Schmid, Handbuch § 3, 42, Pagenstecher, Eigenthum I. 117, Präjudiz des O.A.G. Celle 8/1 1845 Sf. V. 141; überwiegend die Anwendbarkeit abgesprochen Erk. Kiel 26/4 45 Sf. V. 107, Darmstadt 13/5 43 Sf. VII. 281, Werenberg, Jahrb. f. Dogm. VI. 40, 16, Hesse, Rechtsverhältnisse II. 288, Vangerow § 297. Anm. Nr. 12, Windscheid § 169, 4, Seuffert, Pandekten § 123, 9. Die letztere Auffassung liegt auch der Mehrzahl unserer Statuten zu Grund. Ulm, B.O. I. 3 und Memmingen B.O. IV. 3. „So einer an seines Nachbarn Haus oder blinden Wand ... bauen wollte, der mag uff solchem seinem eignen Grund hart an seinem Nachbarn mit einer steinern Mauer wenigst eines halben Riegelsteins dick wohl auffahren, und denselben seinen eigenthumblichen Boden gar einnehmen und verbauen unverhindert seines Nachbarn Lichtes“.. Augsburg, B.O. II. 36. „Wofern aber einer gegen seine Nachbarn weder Licht noch Trafgerechtigkeit oder erweislich nur Vergunstlichter und seinen Grund völlig innen hätte, so hat derselbe den andern, so bauen will, nicht Macht zu hindern, es ist auch dieser nicht schuldig, ermeldte zwei Werkschuh liegen zu lassen, sondern er mag seiner Gelegenheit nach sein Gebäu hart an des Nachbars Mauer aufführen ohne Wider-

mungen, welche die freie Dispositionsbefugniß des Eigenthümers bei Anlegung und Veränderung von Gebäuden beschränken. Als die wesentlichsten sind hervorzuheben:

I. Verbot des Neidbaus. Wie die Ausübung eines Rechtes nur um einem anderen zu schaden überhaupt unzuläßig ist [3], so kann auch insbesondere Errichtung und Aenderung von Bauwerken, bei welchen Belästigung des Nachbarn als einziges Motiv erscheint, nicht gestattet sein [4]. Unsere Statuten haben dieß näher bestimmt, indem sie den Begriff des Neidbaues feststellen [5].

---

rede." Das gleiche Verhältniß gilt nach den unten Note 7 aufgeführten Bauordnungen, wenn der Eigenthümer das Traufrecht nicht beansprucht; er darf sein Traufrecht verbauen. Vgl. auch Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 8. 10. Aeltere Bauordnungen namentlich München, B.O. Art. 11, Nürnberg, Ref. XXVI. 2, Regensburg, W. G.O. XIII. und Amberg, B.O. IV. enthalten auch Bestimmungen über die Höhe der Gebäude, die aber jetzt nicht mehr anwendbar sind, da sie nur als Polizeivorschriften erscheinen.

[3] Windscheid § 169, 6. Pr. L.R. I. 8. 27. Niemand darf sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung anderer mißbrauchen.

[4] Ueber den Neidbau vgl. Beseler, Pr.R. § 93, 9. Baumeister, Hamburgisches Privatrecht § 21, 15. Lübisches St.R. III. 12. 3 und 7.

[5] München, B.O. Art. 3: wäre das einer dem andern sichtiglich zu Gefärde pauen wollte also, daß ein Einfart darvon verirret würde oder das im sichtlich schad wäre .. Art. 27. item neydpau die einem schaden prächten, sollten verpoten sein und sollen die pauleut dieselben neydpau abzuerkennen und darynne ... zu entscheiden Macht haben. Art. 67 auch neidpau ... zeitlich verwehrt und nie gestattet werden. Ulm, B.O. XVII. und Memmingen, B.O. XXI: Und demnach sich vielmals bei dieser bösen und neidischen Welt zuträgt und begibt, daß einer seinem Nachbar zum Trotz und aus Neid einen unnöthigen Bau vornimmt, dadurch aber seinem Nachbarn einen großen Schaden an Licht und Luft zufügt, also ist unser ernstlicher Befelch, daß unsere verordnete Baugeschworne fleißige Achtung darauf geben, und solche Neidbau nicht zulassen sondern dieselbigen allerdings abschaffen sollen. Und soll fürnemblich für einen Neidbau erkannt und gehalten werden wann einer aus solchem seinem Bau einen schlechten Nutzen sein Nachbar aber dagegen an Luft und Licht einen großen Schaden hat oder was dergleichen unnöthige Gebäu mehr wären. Augsburg, B.O. I. § 25: Für einen Neidbau aber wird gehalten, wenn einer seinen vorhabenden Bau offenbarlich zu seines Nachbarn Schaden ohne dringende Noth vornimmt oder aus solchem Bau gar schlechten oder gar keinen Nutzen, der Nachbar dagegen an Luft und Licht einen großen augenscheinlichen und nicht leicht abwendbaren Schaden und Abgang hat, also daß dessen Haus nach seiner besondern Beschaffenheit ganz unbrauchbar wurde, oder des anderen Bosheit entweder aus seinem eigenen Geständniß oder Bedrohung oder aus der seltsamen und gezwungenen Anlegung

II. Verbot des Bauens auf der Grenze. Dieß ist theils allgemein gegeben [6], theils auf den Fall beschränkt, daß der Eigenthümer an der Seite das Traufrecht ausüben will [7].

III. Verbot, Fenster nach der Seite des Nachbarn anzulegen, theils allgemein [8], theils da, wo der Eigenthümer nicht

---

seines Baues, der auf andere Weiß und Gestalt seinem Nachbarn viel weniger Nachtheil verursachte, sich von selbsten an den Tag legt. II. § 47. „Wollte aber dieser Nachbar sich gegen des andern Hof oder Garten gedachte zwei Schuh eigenem Grundes zu Luft und Traff zu suchen hat, für sich selbst einfahren . . so ist ihm solches ... unbenommen, es wäre denn seinem Nachbarn aus Neid oder einig und allein zum offenbaren Schaden, welchen Falls das Geschwornenamt solches nicht gestatten soll." Hiemit stimmt auch überein Kreittmayr, Anm. 5 c. z. L.R. II. 2. 6. „Ein anderes wäre, wenn ich von solchem Bau weder Commodität noch anderen beträchtlichen Nutzen zu gewarten hätte, denn da müßte man es billig für einen Neidbau mithin für eine Sache halten, die mein Nachbar zu leiden nicht schuldig ist."

[6] Pr. L.R. I. 8. 140. Stößt das neue Gebäude auf einen unbebauten Platz des Nachbarn, so ist ein Abstand von 1½' hinreichend.

[7] Münchener B.O. Art. 28. „Item ain yeder mag auf seinem aigen Grund nach seiner Notturft wol pauen doch 1½' sol er liegen lassen, wo er ain Tropfsal laiten will, daß er das Wasser auf seinen aigen grundt keren und füeren soll." Die gleiche Bestimmung hat Würzburg, B.O. I. 4. Nürnberg, Ref. XXVI. 3, 6. "So aber einer von neuem pauen und hinder sich ainiche Licht oder Truppfen haben wollt der soll zu einer Reihen nit weniger dann drei Stadtschuch ungepaut liegen lassen." Wörtlich die gleiche Bestimmung hat Regensburg, W. G.O. XVIII. 1, Ulm, B.O. X. 6 und Memmingen, B.O. XIV. 6. Wolte er aber sein Traufrecht behalten, soll er seinerseits oder von sein Eigenthum noch zween und also vier Werkschuh liegen lassen...

[8] Amberg, B.O. VII: so soll nun fürter niemand allhie er hab Trupfenrecht oder nicht in seinen Giebel oder Mauern, die sich nach seines Nachbarn Haus dirigirt und lendet außerhalb einfallender Licht einig Fenster, daraus er seines Nachbarn Handlung und Thun in dem seinen sehen und erfahren mögen, machen ... Dinkelsbühl, St.R. II. 19. 8 Arnold II. 335: Wir ordnen und wollen, daß keiner gegen seines Nachbarn Haus oder Hof zu Fenster, daraus in desselbigen Nachbarn Haus oder Hof mag gesehen werden, von neuem ... machen ... soll. Mainz, L.O. VII. 34: auch keiner in seiner habenden Behausung in seines Nachbarn gränzenden Hof oder Garten einige vorher nicht gehabte Fenster, durch welche in desselbigen Nachbarn Haus, Hof oder Garten kann gesehen werden ohne dessen Bewilligung ... machen lassen. Nürnberg, Ref. XXVI. 3, 1: Es ist niemand zugelassen auf oder gegen seines Nachpaurn Gepewen oder Hofrait ainiche Liecht oder Trupfen zu stellen oder zu machen, er hab denn desselben ain bedingte beweisliche Gerechtigkeit, und sollen jeder Zeit auf Ersuchen des Nachpaurn dieselben Liecht oder Trupfen abgethan und vermacht werden.

das Traufrecht auf eigenem Boden hat, da er außerdem jedenfalls das Verbauen dulden muß [9].

IV. Beschränkung in der Herstellung beschwerlicher oder gefährlicher Anstalten, wie Thüren [10], Altanen [11], Feuerstätten [12], Kamine [13].

V. Verbot, die eigne gegen den Nachbarn gerichtete Wand zu durchbrechen [14].

VI. Beschränkung bei gemeinschaftlichen Mauern. Von der allgemeinen Regel, daß dem Miteigenthümer der ordnungsmäßige Gebrauch der Sache zustehe, und daß er nur insoweit beschränkt sei, als das gleiche Recht des Miteigenthümers dieß erforderlich macht, finden sich in unseren Statuten insoferne Abweichungen, als sie bei gemeinschaftlichen Mauern jede einseitige Benützung theils überhaupt verbieten [15], theils für Anlagen, von welchen eine Beschädigung der

---

[9] Mit dem Traufrecht fällt das Lichtrecht zusammen. München, B.O. 33, Nürnberg, Ref. XXVI. 3, 1, Würzburg, B.O. III. 1. IV. 1, Ulm, B.O. X. 1, Memmingen, B.O. XIV. 1, Augsburg, B.O. I. 45. Nach den letzteren müssen die Fenster überdieß vergittert sein. Dieß gilt in gewissen Fällen auch nach Preußischem Recht Förster, P. P.R. § 170, 33.

[10] Pr. L.R. I. 8. 148. Neue Thüren, welche unmittelbar auf des Nachbarn Grund und Boden führen, dürfen wider dessen Willen niemals angelegt werden. Förster, P. P.R. § 170, 39.

[11] Nach München, B.O. 61 dürfen Altanen nur acht Fuß vom Nachbarn errichtet werden.

[12] München, B.O. 56 verbietet das Einmauern von Kesseln in die Wand. Nach Pr. L.R. I. 8. 133 können Back- Brenn- Schmelzöfen und Feuerheerde an der gemeinschaftlichen oder dem Nachbar gehörenden Scheidewand ohne dessen Bewilligung nicht angelegt werden Förster, P. P.R. § 170, 25. Die gemeinschaftlichen Mauern des Preußischen Rechts sind getheilt vgl. oben § 120, 32.

[13] Nürnberg, Ref. XXVI. 5, Regensburg, W. G.O. XXII. 3, Memmingen, B.O. VIII. 4, und Würzburg, B.O. II. 4 verpflichten den Eigenthümer des niedereren Hauses den gegen das Dach des höheren Nachbarhauses gerichteten Kamin drei Fuß über das letztere hinauszubauen.

[14] Regensburg, W. G.O. XV. 6: Es soll gleichwohl auch niemands gegen seinen Nachbarn in sein aigen Mauer soweit oder tief brechen, daraus dem Nachbarn auch sonsten durch Brunst oder in anderer Wege Schaden entstehen möchte. Ulm, B.O. VIII. 1 und 2: Jeder hat Macht, in sein eigne Mauer, die ihm allein zugehörig ist, Bögen, Behalter und andere Löcher nach seiner Nothdurft und Gelegenheit zu richten, doch daß er damit nicht zu tief fahre, daraus dem Nachbarn durch Brunst oder durch Bruch Schaden erfolgen möcht.

[15] Nürnberg, Ref. XXVI. 7, 3: Aber in gemeinen Mauern soll keiner unverwilligt seines Nachpaurn ... einigen Pogen, Behelter oder Löcher daran

gemeinsamen Mauer zu befürchten ist, die Anlegung in schadenssicherer Weise oder in bestimmter Entfernung von der gemeinsamen Mauer vorschreiben. Es findet sich dieß in der Anwendung auf Unrath, Abtritte und Düngergruben [16] und feuergefährliche Anstalten [17].

§ 127.

c. bei Gewässern.

Die Rechte der Eigenthümer an Privatflüssen unterliegen folgenden gesetzlichen Beschränkungen:

---

machen. Amberg, B.O. XI: so soll doch der ein ohne des andern Vorwissen und Bewilligen keinen Behalter Schwibbogen noch Fenster in solche gemeinen Giebeln Mauer oder Wand, dadurch dieselbigen beschädigt oder verletzt würden, zu machen Fug haben. Ulm, B.O. VII. 4 und Memmingen, B.O. XI. 5: Sonsten aber soll keinem Theil erlaubt sein, in ein solche gemeine Maur oder Wand ohne Vorwissen und Bewilligen des andern Nachbarn etwas weiters dann er zuvor gehabt einzubrechen oder einzuziehen und VIII. 8: In gemeine Mauern solle keiner ohne Bewilligung seines Nachbarn, denen der halbe Theil daran zusteht, einigen Bogen Behälter oder Löcher stellen oder machen. Augsburg, B.O. II. 7: Es soll auch kein Nachbar ohne des andern Wissen ... in einer gemeinschaftlichen Mauer etwas brechen oder mehr als er vorher darin gehabt, dareinlegen. Mainz, B.O. VII. 34: Wir ordnen und wollen, daß keiner in einer gemeinschaftlichen Mauer etwas, so er vorhero nicht darin gehabt, ohne Bewilligung des Gemeinschaftsherrn oder Erkanntnuß des Vicedomamtes machen...

[16] Mainz, B.O. VII. 22: Uebrigens solle kein Theil Macht haben, an eine gemeinschaftliche Mauer Mist Erd und andere dergleichen Sachen, durch welche die Mauer schadhaft werden mögte, aufzuschütten, oder einige Löcher Graben oder Anbauen zu machen, noch an solche Mauer einige Wasch- Bauch- Brandewein- oder andern Brennkessel, Backöfen oder andere dergleichen Sachen, da das Feuer oder Wasser und die Feuchtigkeit Schaden thuen kann, ohne zuvor genommenen Augenschein des Vicedom-Amts und darauf erfolgten Baubescheid zu setzen, alles bey Straff und Ermäßigung Unsers Bau-Ambts. Ulm, B.O. VII. 5 und Memmingen, B.O. XI. 6: An gemeine Mauer oder Wänden soll kein Theil einigerlei Unsauberkeit, dardurch dieselben durchfeuchtet und mit der Zeit gefaulet oder in einige Weg beschädigt werden möchten, als Mist, Körigt und dergleichen, schütten noch anhäufen lassen. Augsburg, B.O. II. 6: Ferners soll an keine gemeinschaftliche Maur einige s. v. Mist- Tung- Loh- oder andere dergleichen Grub gegraben oder gemacht sondern von derselben wenigstens zwei Schuh abgewichen werden.

[17] Amberg, B.O. XVII. bezüglich der Anlage von Caminen; Augsburg, B.O. II. 160 bezüglich der Anlage von Kochheerden oder Feuerstätten an gemeinschaftlichen Wänden.

1. Wenn bei Ausführung einer Anlage zur Wasserbenützung der nothwendige Bedarf an Wasser einer Ortschaft auf eine Weise entzogen würde, daß daraus ein Nothstand für die Wirthschaft der Einwohner zu besorgen wäre, so kann die Verwaltungsbehörde die Ableitung des Wassers in geeigneter Weise beschränken [1].

2. Reicht wegen Verminderung des Wasserstandes das vorhandene Wasser zu den Bedürfnissen nicht zu, so steht, wenn nicht durch Lokalverordnung, Herkommen, besondere Rechtstitel oder Verjährung Vorsorge getroffen ist, der Verwaltungsbehörde das Recht der Vertheilung zu [2].

3. Die Errichtung von Stauvorrichtungen und Triebwerken mit gespannter Wasserkraft an Privatflüssen setzt eine nach vorschriftsmäßig gepflogener Verhandlung ertheilte Genehmigung der Verwaltungsbehörde voraus [3].

4. Die Besitzer von Mühlen Triebwerken und Stauvorrichtungen sind verpflichtet, die darauf bezüglichen Einrichtungen in einem solchen Zustand zu unterhalten, daß keine nutzlose Verschwendung des Wassers zum Nachtheil anderer Betheiligten stattfinde, außerdem die Verwaltungsbehörde nach vergeblicher Aufforderung zur Abstellung die erforderlichen Arbeiten auf Kosten des Verpflichteten vornehmen lassen darf [4].

§ 128.

4. Beschränkung des Verbietungsrechtes.

Eine Beschränkung des dem Eigenthümer zustehenden Verbietungsrechtes ist begründet:

I. Hinsichtlich der Luftsäule: 1. Der Eigenthümer muß sich geringfügige und vorübergehende Belästigungen durch Eindringen fremder Stoffe in seine Luftsäule gefallen lassen [1].

---

[1] Wassergesetz Art. 56.

[2] Wassergesetz Art. 60.

[3] Wassergesetz Art. 73—85.

[4] Wassergesetz Art. 64.

[1] l. 8. § 6. D. 8. 5. Apud Pomponium dubitatur ... an quis possit ita agere licere fumum non gravem puta ex foco in suo facere aut non licere? Et ait magis non posse agi. Jedenfalls hat daher der Nachbar kein Verbietungsrecht gegen Verbreitung des Rauches der durch die zum Zweck der

2. Der Eigenthümer muß sich gemeinrechtlich gefallen lassen, daß die auf der Grenzscheide stehende Mauer bis zu einem halben Fuß ausbaucht [2].

3. Der Eigenthümer eines ländlichen Grundstücks ist gemeinrechtlich verbunden, von der Höhe von fünfzehn Fuß an das Hereinragen der Aeste der Bäume des Nachbargrundstücks zu dulden [3].

II. Hinsichtlich des Untergrunds. Der Eigenthümer unterliegt den durch das Berggesetz bestimmten Beschränkungen [4].

III. Hinsichtlich der Oberfläche:

1. Der Eigenthümer ist gemeinrechtlich verpflichtet, dem Nachbarn an jedem dritten Tag das Betreten seines Grundstücks zum Abholen herübergefallener Baumfrüchte zu gestatten [5].

2. Der Eigenthümer muß jedem Dritten das Betreten seines Grundstücks zum Zweck des Abholens der dort sich befindenden Sachen desselben gestatten [6].

---

gewöhnlichen Haushaltung erforderliche Feuerung erzeugt wird Erk. Lübeck 29/10 40 Sf. IX. 218, Rostock 16/7 62 Budde, Entsch. IV. 114; ebenso wenn die Belästigung eine nur vorübergehende und unbedeutende ist Erk. Mannheim 20/10 57 Sf. XII. 124. vgl. Pagenstecher, Eigenthum I. 121. Dagegen ist die von Spangenberg, A. f. C.Pr. IX. 269 aufgestellte Behauptung, daß in diesem Umfang auch direkte Immission gestattet sei nicht begründet oben § 118, 63. Gegen die Auffassung dieser Verpflichtung als Eigenthumsbeschränkung erklärt sich Becker, Jahrb. f. Dogm. V. 166. s. dagegen Windscheid § 169, 7. Arndts § 131. Anm.

[2] l. 17. pr. D. 8. 5. Si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret ut in vicini domum semipedem aut amplius procumberet agi oportet jus non esse illum parietem ita projectum in suum esse invito se. Windscheid § 169, 8. a. M. Emmerich, Z. f. C.R. XVIII. 127. Erk. Wolfenbüttel 5/6 69 Sf. XXIII. 210. Dem Preußischen Recht ist diese Eigenthumsbeschränkung nicht bekannt, Förster, P. P.R. § 170, 68.

[3] oben § 118, 58. Dieß ist weder nach bayrischem noch nach preußischem Recht begründet oben § 118, 60 und 61. Ueber die Frage, ob darin eine Eigenthumsbeschränkung im eigentlichen Sinn liege s. Windscheid § 169, 10.

[4] Berggesetz Art. 4 und 45 f. Das Nähere im Bergrecht.

[5] Windscheid § 169, 9. Dieß gilt nicht nach Bayrischem und Preußischem Landrecht, nach welchem die überhangenden Früchte dem Nachbarn gehören, unten § 143, 12 und 15.

[6] l. un. D. 43. 28. l. 9. § 1. D. 39. 2. Windscheid § 169, 21. Erk. Dresden 27/9 49 Sf. IV. 10 gestattet dem früheren Eigenthümer das Nachsuchen nach einer in einem seitdem verkauften Haus vergrabenen Geldsumme. Den gleichen Grundsatz spricht das Preußische Landrecht in einzelnen Anwen-

3. Nach einzelnen Statuten hat der Eigenthümer das Recht, das Nachbargrundstück zu betreten, soweit dieß zur Instandhaltung seines Eigenthums erforderlich ist. Anwendungsfälle sind: Das Hammerschlags- oder Leiterrecht [7], das Anwende- oder Pflugrecht [8] und das Schaufelschlagsrecht [9].

4. Die Ufereigenthümer sind verpflichtet, die zum Schutz ihres Eigenthums nöthigen Bauten an und auf ihrem Grundeigenthum ohne Entschädigungsanspruch vornehmen zu lassen. Vereinigen sich mehr als drei Grundeigenthümer zur gemeinschaftlichen Ausführung des Uferschutzes, so sind die dazwischen liegenden Ufereigenthümer, welche sich dem gemeinschaftlichen Unternehmen nicht anschließen, gehalten sich diejenigen Vorrichtungen an und auf ihrem Ufereigenthum auf Kosten der Unternehmer gefallen zu lassen, welche zur Erreichung des Zwecks des

---

dungsfällen aus, so bezüglich der Verfolgung eines Bienenschwarms I. 9. 122, Abholen der aus Privatgewässern ausgetretenen Fische I. 9. 178, Abholung eines durch den Sturm auf das Nachbargrundstück geworfenen Baumes I. 9. 293—296. Das gleiche bestimmt bezüglich der Bienen Entwurf III. 27.

[7] Beseler, Pr.R. § 93, 8. Manche sehen dieß als gemeines Gewohnheitsrecht an Holzschuher, Casuistik § 91, 12 d. A.E. 31/10 51 Arends IV. 261. s. dagegen Erk. Kiel 26/4 45 Sf. V. 107 wo ausgeführt ist, daß es nur herkömmlich vorkomme. Es besteht in der Befugniß zum Bau oder zur Reparatur eines Gebäudes einer Scheidung oder eines Grabens das Grundstück des Nachbarn zu betreten und die erforderlichen Gerüste aufzustellen. Dagegen kann der Eigenthümer nicht, wie Buddeus, R.L. IV. 455, 32 und Prosch, Nachbarrecht 76 f. meinen, verlangen, daß der Nachbar zu diesem Behuf den nöthigen Raum unverbaut lasse. Erk. Kiel Sf. V. 107. Hesse, Rechtsverhältnisse II. 225. Eine gesetzliche Bestimmung gibt Pr. L.R. I. 8. 155, Regensburg, W. G.O. XIII. 6, Amberg, B.O. XXV, Entwurf III. 187.

[8] Prosch, Nachbarrecht 77. Beseler, Pr.R. § 93, 7. Mittermair, P.R. § 167. IV. Erk. 30/12 45 Bl. XV. 332. Auch dieß beruht nur auf besonderem Herkommen oder Bestimmung, Thomas, Fuld.R. I. § 46, wo ausdrücklich hervorgehoben ist, daß es auch in Fulda besonders begründet sein müsse, nicht gesetzlich zustehe, wie Schelhaß, Nachbarrecht 11, 7 meint; s. Hesse, Rechtsverhältnisse II. 225. Nach Preußischem Recht ist es nicht begründet, da hier die Raine gemeinsam sind oben § 120, 69, Förster, P. P.R. § 170, 63.

[9] Es ist dieß das Recht bei der Reinigung von Gräben Canälen u. s. f. den Schlamm auf die benachbarten Ufer zu werfen. Die l. 11. § 1. D. 8. 4 dem Servitutberechtigten eingeräumte Befugniß hält Erk. Dresden 1845 Sf. II. 145 auch bei derartigen Anstalten, die im Eigenthum stehen, für anwendbar. Förster, P. P.R. § 170, 62. Ausdrücklich anerkannt ist es für Privatflüsse in Wassergesetz Art. 47 und 51, und für öffentliche Flüsse Wassergesetz Art. 18.

gemeinschaftlichen Uferschutzes nothwendig sind [10].

5. Die Adjacenten öffentlicher Flüsse sind verpflichtet den Leinpfad zu gestatten [11].

6. Die Eigenthümer von Privatflüssen sind verbunden, den zur Reinigung des Flußbettes verpflichteten Eigenthümern von Triebwerken und Stauvorrichtungen und den zur Reinigung verpflichteten Miteigenthümern des Flusses die Betretung der Ufergrundstücke zu gestatten [12].

7. Der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstückes ist nicht berechtigt den natürlichen Ablauf des Wassers von dem höher liegenden Grundstück zu dessen Nachtheil zu hindern [13].

8. Auf Grund des Jagdgesetzes 4/6 1848 ist der Eigenthümer, dem die Ausübung der Jagd nach den Voraussetzungen desselben nicht ausschließlich zusteht, verpflichtet, das Betreten seines Grundeigenthums zur Ausübung der Jagd zu gestatten [14].

IV. Bei Privatflüssen: 1. Die Eigenthümer von Privatflüssen müssen sich die Benützung derselben zur Flößerei mit Bloch- oder Scheitholz nach den Bestimmungen des Wassergesetzes gefallen lassen [15].

2. Die Eigenthümer müssen sich die von der Staatsregierung zur Herstellung oder Erhaltung des normalen Zustandes eines öffentlichen Flusses vorzunehmenden Vorrichtungen in den diesen zufließenden Privatflüssen [16] und die von den Betheiligten eines Privatflußes zur Erhaltung des normalen Zustandes desselben in den Nebenzuflüssen vorgenommenen Veranstaltungen gefallen lassen [17].

3. Der Eigenthümer muß sich den zeitweisen Stillstand von Wasserbenützungsanstalten, der durch Uferschutzbauten veranlaßt wird, gefallen lassen [18].

---

[10] Uferschutzgesetz Art. 8 und 14.

[11] Wassergesetz Art. 20.

[12] Wassergesetz Art. 47 und 51.

[13] Wassergesetz Art. 35. Dieß entspricht dem gemeinen Recht l. 1. § 10. 13 und 23. D. 39. 3. Bl. II. 386. Ueber das frühere Preußische Recht vgl. Förster, P. P.R. § 170, 55.

[14] Das Nähere im Jagdrecht.

[15] Wassergesetz Art. 66—72.

[16] Wassergesetz Art. 4.

[17] Wassergesetz Art. 48.

[18] Uferschutzgesetz Art. 10.

Titel 2.

Der Besitz [1].

§ 129.

I. Begriff des Besitzes.

Besitz ist die thatsächliche Herrschaft über eine Sache in der Gesammtheit oder einzelnen ihrer Beziehungen [2], mit dem Willen sie wie ein Eigenthümer für sich zu haben [3]. Man bezeichnet mit dem Ausdruck Besitz auch das bloß thatsächliche Innehaben ohne den Willen des Eigenthümers und nennt dieß dann natürlichen Besitz [4] im Gegensatz zum juristischen Besitz. Die neueren Gesetze gebrauchen den Aus-

---

[1] vgl. Savigny, das Recht des Besitzes, 7. Auflage, Wien 1865. Puchta im R.L. II. 41—73. Bruns, das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart, Tübingen 1848. Lenz, das Recht des Besitzes, Berlin 1860. Randa, der Besitz nach österreichischem Recht, Leipzig 1865. Jhering, über den Grund des Besitzschutzes, Jena 1869. Windscheid § 148—164, Koch, die Lehre vom Besitz nach Preußischem Recht, Leipzig 1839. Förster, P. Pr.R. § 157—165.

[2] Windscheid § 151, 2. Randa, Besitz 20; in solcher Weise erscheinen Sachenbesitz und Rechtsbesitz als innerlich gleichartige Begriffe.

[3] vgl. unten § 132, 2. Bayr. L.R. II. 5. 1: Besitz oder Innhaben bedeutet eigentlich jenen Zustand, da man eine Sache mit der Absicht solche für sich zu haben (animo sibi habendi) in seiner Gewalt und Gewahrsame hat. Pr. L.R. I. 7. 3 und 5: Wer ... eine Sache, in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen, unmittelbar oder durch andere in seine Gewahrsam nimmt, der wird Besitzer der Sache.... wer ... ein Recht für sich selbst ausübt, wird Besitzer des Rechts genannt. Entwurf III. 1: Der Besitz einer Sache wird erworben durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache mit dem Willen, dieselbe wie ein Eigenthümer für sich zu haben. Sächs. B.G.B. § 186: Wer eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber, und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben, Besitzer derselben.

[4] l. 3. § 3. D. 41. 2. Neratius et Proculus solo animo non posse nos acquirere possessionem si non antecedat naturalis possessio. l. 10. § 1. D. 41. 2. Aliud enim est possidere longe aliud in possessione esse. Denique rei servandae causa legatorum damni infecti non possident sed sicut in possessione custodiae causa. Die Quellen brauchen die Ausdrücke: in possessione esse, tenere, naturaliter tenere s. Savigny, Besitz 71 f. Arndts § 136. Windscheid § 148, 12. Bayr. L.R. II. 5. 2 unten Note 5. Auch Pr. L.R. I. 20. 109 und 275 findet sich dieser Sprachgebrauch, allein mit anderer Bedeutung. Heydemann I. 328, 614. Die Bezeichnung naturalis possessio findet sich noch in anderem Sinne unten Note 11.

druck Besitz nur für das letztere Verhältniß und nennen das erstere Innehaben oder Detention [5]. Der Besitz hat rechtliche Bedeutung [6] insoferne er durch besondere Klagen geschützt ist, und sofort oder durch längere Dauer Eigenthum gewähren kann [7]. Der Besitz wird nach dem Gegenstand in Sachen- und Rechtsbesitz unterschieden [8]. Eintheilungen des Besitzes sind: nach dem Bewußtsein in redlichen und unredlichen Besitz, jenachdem der Besitzer meint ein Recht zum Besitz zu haben oder nicht [9]; nach der Erwerbshandlung in fehlerlosen und fehler-

---

[5] Bayr. L.R. II. 5. 2: Naturalis, da man die Sach nur corpore allein ohne Absicht solche für sich oder die Seinige zu behalten inne hat, wie z. E. ein bloßer Anwalt Depositarius oder Possessor mere precarius, welches jedoch nur im uneigentlichen Verstand eine Possession genannt wird, und in der That nichts als eine bloße Detention ist. Pr. L.R. I. 7. 1. 2 und 4: Wer das physische Vermögen hat über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam und wird Inhaber derselben genannt. Auch der ist ein bloßer Inhaber, der eine Sache nur in der Absicht darüber für einen andern oder in dessen Namen zu verfügen in seiner Gewahrsam hat... Wer ein Recht ausübt, ist Inhaber des Rechts. Entwurf III. 1: Wer die Sache für einen anderen in seiner Gewalt hat, ist bloßer Inhaber derselben. Sächs. B.G.B. § 186 oben Note 3.

[6] Ueber die Frage ob der Besitz nur als Thatsache in Betracht komme, oder als ein Recht aufzufassen sei vgl. die Literatur bei Vangerow § 198, dann Savigny, Besitz, Anhang Nr. 19. 576 f., Randa, Besitz 22 f., Förster, P. P.R. § 157, Ihering, Geist des römischen Rechts III. 39 f. und über den Grund des Besitzschutzes, Jena 1869, Windscheid § 150.

[7] vgl. unten § 131.

[8] In den Quellen wird der letztere nur quasipossessio genannt, unten § 130, 18, ebenso Bayr. L.R. II. 5. 2. »Vera verstehet sich nur von körperlichen, quasi von unkörperlichen Dingen." Der Ausdruck Rechtsbesitz gehört der neueren Rechtssprache an Sächs. B.G.B. § 556, Entwurf III. 42 f., Windscheid § 163, Förster, P. P.R. § 157, 29, und ist vermuthlich durch den im Pr. L.R. I. 7. 77 f. gebrauchten Ausdruck „Besitz eines Rechtes" entstanden.

[9] l. 3. § 22. D. 41. 2. Savigny, Besitz 103. Bayr. L.R. II. 5. 2: bonae fidei wenn der Inhaber billig glaubt, daß ihm die Sach zugehörig sei; malae fidei wenn er wissentlich eine fremde Sach für die seinige behält. Pr. L.R. I. 7. 11. „Wer es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze, der heißt ein unredlicher Besitzer." Nur eine Unterabtheilung des unredlichen Besitzes ist nach Pr. L.R. I. 7. 14 der unrechtfertige Besitz, der auf Rechtsunwissenheit beruht und dem unredlichen Besitz gleichsteht. Dernburg, P. P.R. § 149, 10. Entwurf III. 16—20 erklärt als redlichen Besitzer denjenigen, der glaubt, daß ihm das Eigenthum der von ihm besessenen Sache zustehe, und stellt dem unredlichen Besitzer denjenigen gleich, dessen guter Glaube auf einem nicht entschuldbaren Irrthum über Thatsachen oder Rechtssätze beruht.

haften Besitz [10], nach den Wirkungen in Usucapionsbesitz und Nichtusucapionsbesitz (possessio civilis und naturalis) [11]. Während in den vorstehenden Categorien das gemeine und das Preußische Recht in der Hauptsache übereinstimmen, weichen sie darin von einander ab, daß das letztere nach der Willensrichtung vollständigen und unvollständigen Besitz unterscheidet, und zu dem ersteren den Besitz mit der Absicht, die Sache oder das Recht als eigenes zu besitzen, zu dem letzteren den Besitz als fremdes Eigenthum aber mit der Absicht für sich selbst darüber zu verfügen rechnet [12], während das römische Recht ein analoges Verhältniß nicht kennt, da der in der neueren Doktrin aufgestellte Begriff des abgeleiteten Besitzes [13] mit dem des unvollständigen Besitzes im Preußischen Recht nicht zusammenfällt. Endlich bezeichnet man im

---

[10] Die Quellen unterscheiden justa und injusta possessio, und rechnen zu dem letzteren den Besitz der vi clam oder precario erworben ist l. 1. § 9 und l. 2. D. 13. 17. Savigny, Besitz 102. vgl. unten § 132, 50 f. Die gleiche Unterscheidung hat das Pr. L.R. I. 7. 96 f., Förster, P. P.R. § 160, 140 f., und Entwurf III. 21. Bayr. L.R. II. 5. 2 hat den Ausdruck in einem anderen Sinn, in welchem er sich gleichfalls in den Quellen findet, für Besitz der auf einem rechtmäßigen Titel beruht.

[11] Savigny, Besitz 69—101. Arndts § 136. Seuffert, Pandekten § 105, 3. Ueber andere mit dieser Terminologie verbundene Auffassungen vgl. Windscheid § 148, 12. Randa, Besitz 36, 6. Bayr. L.R. II. 5. 2 gebraucht die Ausdrücke nur als Gegensatz von juristischem Besitz und Detention oben Note 5. Das Pr. L.R. I. 7. 8 nennt den Usucapionsbesitz vollständigen titulirten Besitz, Koch, Pr.R. § 168, 9, Förster, P. P.R. § 157, 41, der Entwurf III. 15 rechtmäßigen Besitz.

[12] Pr. L.R. I. 7. 6 und 7. Förster, P. P.R. § 157, 31 f. Koch, Besitz 42 f. und P.R. § 169, 6. Dernburg, P. P.R. § 149.

[13] Unter dem Ausdruck abgeleiteter Besitz faßt Savigny, von dem die Terminologie herrührt, die Fälle zusammen, in welchen juristischer Besitz ohne den animus domini angenommen wird Besitz 119 f. vgl. darüber Puchta, R.L. II. 46, Vangerow § 200. Anm. 1, Windscheid § 149, 7, Förster, P. P.R. § 157, 31. Man rechnet dazu den Fall des Faustpfands, der Sequestration und des Precarium Windscheid § 154. Ueber Emphyteusis und Superficies, welche von manchen ebendahin gerechnet werden, vgl. unten § 130, 30 und 31. Das Charakteristische des abgeleiteten Besitzes besteht darin, daß der Besitzer, obwohl er den sonst dazu erforderlichen animus domini nicht hat, ausnahmsweise kraft einer besonderen gesetzlichen Bestimmung den Interdiktenschutz ansprechen kann. Ueber die Merkmale des unvollständigen Besitzes des Preußischen Landrechts vgl. Förster, P. P.R. § 157, 33 f., Dernburg, P. P.R. § 149, 4.

Gegensatz zum wirklichen Besitz als fingirten Besitz den Fall wo jemand ohne wirklich Besitzer zu sein als solcher behandelt wird [14].

§ 130.

II. Voraussetzungen des Besitzes.

Für die subjektiven und objektiven Voraussetzungen des Besitzes gelten folgende Grundsätze:

I. Subjekte des Besitzes. Jedes vermögensfähige Rechtssubjekt ist besitzfähig [1]. Bei physischen Personen bildet die Rechtsfähigkeit [2] und demnach auch die Besitzfähigkeit die Regel. Eine Ausnahme gilt für Ordensgeistliche, welche nach abgelegtem lebenslänglichem Gelübde theils überhaupt nicht [3] theils nur für das Kloster [4] und auch für dieses nach mehreren Statuten nur in dem durch die Amortisationsgesetze bestimmten Umfang [5] besitzen können. Dagegen ist die Besitz=

---

[14] Gemeinrechtlich tritt dieß ein bei dem qui dolo desiit possidere und dem qui liti se obtulit Windscheid § 193, 8 und 196, 8. vgl. unten § 149, 14 f. Auch das Preußische Recht kennt dieses Verhältniß, jedoch mit anderen Wirkungen. Koch, Besitz 103 f. Förster, P. P.R. § 157, 43.

[1] Savigny, Besitz 126. Randa, Besitz 91. Förster, P. P.R. § 158, 1. Bayr. L.R. II. 5. 3. „Wer des Eigenthums von einer Sach fähig ist, mag auch wohl das Inhaben davon verlangen."

[2] Vgl. oben § 19, 3. Nach römischem Recht waren Hauskinder besitzunfähig, was aber dem heutigen Recht nicht entspricht. Savigny, Besitz 126. Windscheid § 152, 1. Förster, P. P.R. § 158, 1.

[3] Dieß gilt in dem Gebiet des Preußischen Landrechts für alle Religiosen, da diese nach abgelegtem Klostergelübde in Ansehung aller weltlichen Geschäfte als verstorben angesehen werden, oben § 31, 11, Koch, Besitz 116, 4, und im Gebiet des bayrischen Landrechts für die Mitglieder der Mendikantenorden, vgl. oben § 31, 6.

[4] Dieß ist der Standpunkt des gemeinen Rechts oben § 31, 7. Da die Religiosen hiernach dem Kloster erwerben, so müssen sie auch Besitz haben können, dessen Erwerb für das Kloster durch sie vermittelt wird. A. M. Arndts § 137, Anmerkung, der auf Grund der Bestimmung c. 6. X. 3. 35: »prohibemus... ne quis de cetero monachorum proprium aliquo modo possideat« alle Religiosen für besitzunfähig hält, was jedoch aus dieser Stelle nicht zu folgern sein dürfte, da es sich hier nur um die Beziehungen der Religiosen zum Kloster zu handeln scheint.

[5] Vgl. oben § 31. 8 f. Für die pragmatische Summe gilt hier der gemeinrechtliche Grundsatz, während über diese hinaus Erwerbsunfähigkeit anzunehmen ist.

fähigkeit nicht von der Handlungsfähigkeit bedingt, die Beschränkung der letzteren macht vielmehr nur die Stellvertretung erforderlich. Personen, welche eines eignen Willens unfähig sind, wie Kinder und Wahnsinnige [6], können daher nur durch den gesetzlichen Vertreter Besitz erwerben und ausüben, während mündige Minderjährige [7] und gerichtlich erklärte Verschwender der Vertretung nicht bedürfen. Juristische Personen [8] und solche Gesellschaften, welche in der Vermögensfähigkeit diesen gleichgestellt sind [9], sind durch ihre Vertreter besitzfähig. An demselben Gegenstand ist zwar Mitbesitz mehrerer Rechtssubjekte zu intellektuellen Theilen [10] nicht aber gleichzeitiger Besitz des ganzen [11]

---

[6] l. 1. § 3. D. 41. 2. Furiosus et pupillus sine tutoris autoritate non potest incipere possidere quia affectionem tenendi non habent. Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris autoritate possidere incipere posse pupillum aiunt ... quae sententia recipi potest, si ejus aetatis sint ut intellectum capiant. L. 32. § 2. D. 41. 2 unten Note 7. vgl. über diese Stellen Savigny, Besitz 149. Rudorff zu Savigny S. 647. Windscheid § 155, 13. Das Pr. L.R. I. 4. 20 und 23 schließt sich der letzteren Meinung an, und ebenso Entwurf III. 7. „Kinder unter 8 Jahren können nur durch ihre Vertreter oder mit ihrer Genehmigung Besitz erwerben."

[7] Sie können ohne Zuziehung eines Vertreters erwerben l. 23. § 2. D. 41. 2. Pupillus tamen etiam sine tutoris autoritate possessionem nancisci potest. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Förster, P. P.R. § 158, 6.

[8] l. 2. D. 41. 2. Sed hoc jure utimur, ut et possidere et usucapere municipes possint, idque eis et per servum et per liberam personam adquiratur. Savigny, Besitz 317. Randa, Besitz 189 f. Kreittmayr, Anm. c. zu Landrecht II. 5. 3. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Förster, P. P.R. § 158, 22 f. Koch, Besitz 160 f.

[9] Handels-G.B. 111 und 164.

[10] l. 26. D. 41. 2. Locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest, et certa pars pro indiviso. Savigny, Besitz 151. Randa, Besitz 155 und 165 f. Windscheid § 152, 9. Pr. L.R. I. 7. 88: Mitbesitzer gemeinschaftlicher Sachen werden durch ihre Handlungen Unterlassungen oder Duldungen nur auf ihren Antheil verpflichtet. Förster, P. P.R. § 158, 13 f. Entwurf III. 2: Eine und dieselbe Sache kann nach Bruchtheilen (gedachten Theilen) im Mitbesitz mehrerer Personen stehen. Auch das Bayrische Landrecht erwähnt II. 5. 9 die Compossessio pro indiviso und räumt II. 5. 11. Nr. 4 und 12. Nr. 5 dem Mitbesitzer die Schutzmittel gegen seinen Mitbesitzer ein. Kreittmayr hat in den Anmerkungen zu L.R. II. 5 einen eignen Paragraphen angefügt, in welchem er die gemeinrechtliche Auffassung seiner Zeit wiedergibt. Es findet dieß auch Anwendung bei dem Rechtsbesitz, insoferne das betreffende Recht theilbar ist. Pr. L.R. I. 7. 89. Entwurf III. 42. „Soweit das Recht, hinsichtlich dessen ein Rechtsbesitz stattfindet, theilbar ist, kann der

möglich. Bei Mitbesitz zu intellektuellen Theilen ist gemeinrechtlich zwar Feststellung der Theile [12] aber Ungetheiltheit der Besitzhandlungen vorausgesetzt. Daher dürfen Mitbesitzer Besitzhandlungen nur gemeinschaftlich vornehmen und haben gegeneinander Besitzesschutz anzusprechen [13]. Dagegen sind nach Preußischem Recht nicht nur die Antheile gesetzlich

---

Rechtsbesitz mehreren Personen nach Bruchtheilen zustehen." Nicht Mitbesitz, sondern Alleinbesitz ist die s. g. compossessio pro diviso, welche nur bei Grundstücken vorkommen kann. l. 8. D. 6. 1 quae distinctio neque in re mobili nec in hereditatis petitione locum habet, nunquam enim pro diviso possideri potest. Nach gemeinem Recht ist sie auf Grundflächen beschränkt und die Möglichkeit für Häuser in Abrede gestellt Savigny, Obligationenrecht § 29 c. und § 30 k. Förster, P. P.R. § 158, 16. Ueber die Abweichungen des bayrischen Rechtes vgl. oben § 120. Erk. 23/2 67 Bl. XXXII. 297 und Sf. XXI. 99 ist daher ausgesprochen, daß ein von dem des Hauses gesonderter Besitz des Kellers möglich sei.

[11] l. 3. § 5. D. 41. 2. Plures eandem rem in solidum possidere non possunt; contra naturam quippe est ut cum ego aliquid teneam tu quoque id tenere videaris. Savigny, Besitz 170. Randa, Besitz 153, 1. Puchta, R.L. II. 49. Dieß ist ausdrücklich anerkannt Pr. L.R. I. 7. 1: Wer das physische Vermögen hat über eine Sache mit Ausschließung anderer zu verfügen, der hat sie in seinem Gewahrsam und wird Inhaber genannt. Koch, Besitz 117, 8. Förster, P. P.R. § 158. 7. Der oben ausgesprochene Grundsatz war unter den römischen Juristen selbst bestritten, indem Trebatius und Sabinus das Nebeneinanderbestehen von justa und injusta possessio verschiedener Subjekte für möglich hielten, während Labeo dieß in Abrede zog, welche letztere Meinung gesetzlich angenommen ist. Savigny, Besitz 173—185. Puchta, R.L. II. 50. vgl. unten § 134, 24. Nur eine scheinbare Ausnahme ist es, daß in den Fällen des abgeleiteten Besitzes die Wirkungen des Besitzes getheilt sein können. Windscheid § 152, 13. Rudorff zu Savigny 628. vgl. oben § 129, 13. Ein ähnliches Verhältniß findet sich nach Preußischem Recht in dem Zusammentreffen des vollständigen und unvollständigen Besitzes. Förster, P. P.R. § 158, 9.

[12] l. 32. § 2. D. 41. 3. Incertam partem possidere nemo potest. Ideo si plures sint in fundo qui ignorent quotam quisque partem possideat neminem eorum mera subtilitate possidere Labeo scribit. Vgl. über diese Stelle Windscheid § 152, 12, Randa, Besitz 167, 17.

[13] Vgl. Windscheid § 152, 12, wo die entgegenstehende Meinung widerlegt ist. Randa, Besitz 166, 16. Förster, P. P.R. § 162, 50. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 4 und II. 5. 12. Nr. 5, damit übereinstimmend Erk. Wiesbaden 27/7 50 Sf. XIII. 24 und Wien bei Randa, Besitz 166, 16. Eine entgegenstehende Entscheidung ist Wiesbaden 1862 Sf. XVII. 47, welche dem Mitbesitzer nur gegen gänzliche Ausschließung Besitzschutz gewähren will, also den Standpunkt des Preußischen Rechtes einnimmt.

bestimmt [14], sondern auch selbstständig neben einander stehend, indem sich jeder Mitbesitzer auf seinen Antheil verpflichten kann [15]. Ist gemeinsame Gewahrsam nicht möglich, so hat nach Preußischem Recht der höchstbetheiligte außerdem derjenige, der die größere Sicherheit bietet oder der durch das Loos bestimmte Anspruch darauf [16]. Die gesetzlichen Schutzmittel stehen nach Preußischem Recht den Mitbesitzern gegen einander nur zu, soweit es sich um gänzliche Ausschließung handelt, nicht aber bei Streitigkeiten über den Umfang der Antheile [17].

II. Gegenstand des Besitzes. Nach römischem Recht war Besitz zunächst nur möglich an körperlichen Gegenständen, an Rechten war nur eine juris quasi possessio gegeben [18], und zwar nur an solchen, welche als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums dem dominium als der Totalität aller dinglichen Rechte entgegengesetzt werden [19]. Eine Ausdehnung erfolgte zunächst auf Grundlage der Bestimmungen des kanonischen Rechts in der deutschen Praxis dahin, daß der Rechtsbesitz nicht nur dem Umfang nach erweitert sondern auch dem Sachenbesitz principiell gleichgestellt wurde, welcher letztere Grundsatz in unserer neueren Gesetzgebung ausdrücklich Anerkennung gefunden hat [20]. Es werden daher auch hier die für den Sachenbesitz und Rechtsbesitz geltenden Grundsätze vereinigt dargestellt werden.

---

[14] Sind die Theile nicht festgestellt, so gelten sie als gleich. Pr. L.R. I. 17. 2. Förster, P. P.R. § 158, 19.

[15] Pr. L.R. I. 7. 88. Mitbesitzer gemeinschaftlicher Sachen werden durch ihre Handlungen Unterlassungen und Duldungen nur auf ihren Antheil verpflichtet. Vgl. Koch, Besitz 68. Förster, P. P.R. § 158, 18.

[16] Pr. L.R. I. 17. 25—28. Förster, P. P.R. § 158, 21 und § 182, 49 und oben § 120, 59.

[17] Erk. Berlin 13/5 59 Sf. XIV. 37. Förster, P. P.R. § 162, 50.

[18] l. 3. pr. D. 41. 2. Possideri autem possunt quae sunt corporalia. l. 4. § 27. D. 41. 3 quia nec possideri intelligitur jus incorporale. l. 10. pr. D. 8. 5. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquae ducendae nactus sit.

[19] Savigny, Besitz 192.

[20] Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 8: Im Uebrigen ist unter beweglich und unbeweglichen, körperlich und unkörperlichen Dingen hierinfalls (der Spolienklage) kein Unterschied mehr. Kreittmayr, Anm. 3 zu Bayr. L.R. II. 5. 2: Ab objecto wird die Possession in veram vel quasi getheilt und jene von rebus corporalibus diese von incorporalibus prädicirt.... In Deutschland war dieser Unterschied vorher nicht bekannt ... und er hat auch in ratione keinen rechten Grund ... sondern rührt ursprünglich aus dem unrichtigen Begriff her, welchen

1. Sachenbesitz. Voraussetzung ist eine selbstständige des Besitzes fähige Sache, d. h. eine solche, die im Vermögen sein kann; daher ist Besitz nicht möglich an Sachen, die dem Verkehr entzogen sind [21]. Bei zusammengesetzten Sachen erstreckt sich der Besitz auf das ganze, nicht auf die einzelnen Bestandtheile als gesonderte Sachen [22], außer, wenn der Besitzer einer beweglichen Sache diese mit einer andern in seinem Besitz befindlichen Sache verbunden hat, indem hier die Ersitzung der verbundenen Sache durch die Verbindung nicht unterbrochen wird [23]. Bei Sachgesammtheiten erstreckt sich nach gemeinem Recht der Besitz nur auf die einzelnen Sachen [24], während das Preußische

sich die römischen Jurisconsulti theils von der Possession theils von unkörperlichen Dingen gemacht hatten. Pr. L.R. I. 7. 6 und 7: „Der eine Sache oder ein Recht als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein unvollständiger Besitzer. Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen besitzt." Die Preußischen Juristen stellen daher den Rechtsbesitz dem Sachenbesitz ganz gleich. Koch, Besitz 109 und Pr.R. § 172, 2. Förster, P. P.R. § 159, 6. Auch Entwurf III. 43 steht auf diesem Standpunkt, vgl. auch Beseler, Pr.R. § 80.

[21] l. 30. § 1. D. 41. 2. locum religiosum aut sacrum non possumus possidere. Savigny, Besitz 124. Randa, Besitz 94. Bayr. L.R. II. 5. 4. „Alles kann possedirt werden was nicht besonders davon ausgenommen ist, als da z. E. seind res extra patrimonium vel commercium humanum, wie auch res merae facultatis so lang sie die nämliche verbleiben und ihre Natur nicht verändern." Dieß gilt auch nach Preußischem Recht. Förster, P. P.R. § 159, 2. Ausgesprochen ist dieser Rechtssatz hinsichtlich des Meers Erk. Kiel 29/6 39 Sf. VII. 144 und der öffentlichen Wege Erk. Darmstadt 2/6 63 Sf. XVIII. 6. Nach Erk. Celle 28/3 69 Sf. XXIII. 11 ist der Besitz dadurch nicht ausgeschlossen, daß eine Sache in einer oder der andern Beziehung öffentlichen Zwecken dient.

[22] l. 23. pr. D. 41. 3. Eum qui aedes mercatus est non puto aliud quam ipsas aedes possidere; nam si singulas res possidere intelligetur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus ex quibus constant universitas aedium intelligi non poterit. Savigny, Besitz 264. Windscheid § 152, 5. Förster, P. P.R. § 160, 21. a. M. Randa, Besitz 172 f. Die Verbindung zweier unbeweglicher Sachen zu einem Ganzen bewirkt keine Veränderung in den Besitzverhältnissen. Erk. Cassel 12/7 35 Sf. XI. 210.

[23] Vgl. über diese sehr bestrittene Frage Arndts § 138, 2. Seuffert, Pandekten § 107, 8. Vangerow § 204 Anm. 2. Windscheid § 152, 6. Förster, P. P.R. § 160, 22.

[24] l. 30. § 2. D. 41. 3 non item tamen universi gregis ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio. Windscheid § 152, 3. Randa, Besitz 182, 3. Förster, P. P.R. § 21, 2.

Landrecht Besitz auch an der Gesammtheit anerkennt [25].

2. Rechtsbesitz. Nach römischem Recht wurde eine juris quasi possessio nur anerkannt an solchen Rechten, welche als abgesonderte Bestandtheile des Eigenthums dem dominium als der Totalität aller dinglicher Rechte überhaupt entgegengesetzt werden [26], demnach bei Servituten [27], der Emphyteusis [28] und Superficies [29]. Eine Ausdehnung erfolgte zunächst dadurch, daß das canonische Recht die Möglichkeit des Besitzes bei allen denjenigen Rechten annahm, bei welchen eine fortdauernde und sich wiederholende Ausübung und daher auch die Möglichkeit der Störung gegeben ist [30], was im allgemeinen in der deutschen Praxis Aufnahme fand [31], wobei nur hinsichtlich der rein obligatorischen Rechte die schon unter den Canonisten [32] obwaltende Meinungsverschiedenheit sich fortpflanzte [33]. Diese Unbestimmtheit ist auch durch unsere Gesetzgebung nicht beseitigt. In Bayern ging die ältere Gesetzgebung entschieden von der Ansicht aus, daß alle Rechte ohne Ausnahme einen Gegenstand des Besitzes bilden könnten [34]; in

---

[25] Koch, Besitz 131 und Pr.R. § 174, 3. Bornemann, System I. 279. Heydemann, Einleitung I. 351. Dieß ist auch die Stellung des Entwurfs I. 155 oben § 114, 8.

[26] Savigny, Besitz 192.

[27] Savigny, Besitz 192. Bruns, Besitz 77 f.

[28] Arndts, Z. f. C.R. *III. 368 und Pandekten § 195, 3; andere nehmen nach römischem Recht für die Emphyteuse abgeleiteten Besitz an. Savigny, Besitz 293. Bruns, Besitz 8. Böcking, Pandekten § 126, 6. Seuffert, Pandekten § 106, 1 a. Vangerow § 200. Anm. 1. s. dagegen Windscheid § 154, 7.

[29] Auch hier nehmen abgeleiteten Besitz an Buchholtz, Versuche 83. Bruns, Besitz 9. Böcking, Pandekten § 126, 7. Vangerow § 200, Anm. 1. s. dagegen Savigny, Besitz 293. Wächter, Platzrecht 45. Windscheid § 154, 7.

[30] Bruns, Besitz 195. Randa, Besitz 246, 23. Windscheid § 464, 5. Es fielen unter diesen Gesichtspunkt namentlich Hoheitsrechte, Regalien, kirchliche Aemter und Würden und die ehelichen Rechte.

[31] Im 16. und 17. Jahrhundert ist die Anwendung des Besitzes außer bei allen Arten von dinglichen Rechten auf Personenrechte wie Ehe, väterliche Gewalt, Standesverhältnisse und Ehrenrechte in der deutschen Praxis zweifellos anerkannt, Bruns, Besitz 383.

[32] Vgl. Bruns, Besitz 195, 1. 243.

[33] Bruns, Besitz 372 f. Randa, Besitz 247.

[34] Kreittmayr Anm. Nr. 2 e. zu L.R. II. 5. 2. „Da ... auch alle jura incorporalia und zwar ohne Unterschied inter realia vel personalia possessionem zulassen." Dieß ist L.R. I. 3. 4 auf Statusklagen angewendet: „Klagen, wodurch man den angeblichen Stand gegen andere zu behaupten oder zu

Preußen dagegen wurde auf Rechte, die nicht mit dem Besitz einer Sache verbunden sind, der Besitz nur angewendet, insoferne sie zu den affirmativen negativen oder Untersagungsrechten gehören [35], wodurch jedoch die frühere Ungewißheit, ob dadurch der Besitz auf alle Obligationen ausgedehnt sei, nicht gehoben wurde [36]. Auch in neuerer Zeit ist die Meinungsverschiedenheit in Theorie und Praxis noch nicht ausgeglichen. Während von der einen Seite den Grundsätzen des römischen Rechts entsprechend Rechtsbesitz nur an dinglichen mit Immobilien in Verbindung stehenden Rechten angenommen wird [37], läßt eine andere Meinung zwar dieses Erforderniß fallen, schließt aber den Rechtsbesitz bei reinen Forderungsrechten aus [38], während eine dritte Meinung den Rechtsbesitz für alle Rechte annimmt, welche eine dauernde Ausübung zulassen, demnach durch einmalige Ausübung nicht erlöschen [39]. Ob-

---

widersprechen sucht ... greiffen gestalten Dingen nach sowohl in petitorio als possessorio Platz." Ebenso sprach sich Kreittmayr für die Zuläßigkeit des Rechtsbesitzes des Pächters aus vgl. unten Note 51.

[35] Pr. L.R. I. 7. 80, 81 und 86: Wer eine Handlung, die ein anderer als fortdauernde Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet, der setzt denselben in den Besitz des Rechtes, die Wiederholung dieser Handlung von ihm zu fordern (Affirmatives Recht). Wer eine Handlung, welcher der andere widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch unternimmt, der erlangt den Besitz des Rechtes von dem andern zu fordern, daß er diese Handlung ferner leide (Negatives Recht). Den Besitz eines Untersagungsrechtes erwirbt derjenige, auf dessen Verbot der andere von einer unternommenen Handlung absteht.

[36] s. Koch, Besitz 112 f. und Pr.R. § 172, 5. Förster, P. P.R. § 159, 25 f., welche die Frage verneinen, und Bornemann I. 564, der sie bejaht.

[37] Savigny, Besitz 508. Herwart, Z. f. C.R. XII. 303. Dunker, Z. f. d. R. II. 53. Böcking, Pandekten I. 472. Keller, Pandekten § 122. Dieser Ansicht schließen sich an: Erk. Stuttgart 9/3 1830 Sf. I. 183 und 223 und Erk. Zerbst 1840 Sf. I. 317.

[38] Seuffert, Pandekten § 113 und Commentar II. 99, 3. Holzschuher II. 67. Arndts, Z. f. C.R. *III. 372, 12. Bruns, Besitz 482, welcher letztere jedoch den Besitz bei Familienrechten anerkennt.

[39] Randa, Besitz 254 f. Windscheid § 464, 4. Beseler, Pr.R. § 80, 7. Diese Ansicht, wenn auch nicht immer mit der erwähnten Beschränkung, findet sich schon in der älteren deutschen Praxis, Bruns, Besitz, 383. 408, und wurde noch ausgeführt von Thibaud, Pandekten § 237 und Geiger, Z. f. C.R. XIII. 278, und ist noch jetzt vielfältig in der Praxis anerkannt, so rücksichtlich dauernder Forderungsrechte gegenüber juristischen Personen oder bestimmten Personenklassen Erk. Jena 27/10 53 Sf. VII. 269, 1839 Sf. XVI. 175 und 1849 Sf. XIX. 151; Wiesbaden 28/8 50 Sf. XIII. 127; Dresden 19/12 61 Sf. XVI. 5; Darmstadt 10/10 40 Sf. XII. 349; Theilnahme an den Gemeindeberathungen

wohl die bayrische Gesetzgebung früher die Ausdehnung des Rechtsbesitzes wie es scheint unterschiedslos auf alle Rechte begünstigte, war doch die spätere Praxis dieser Ausdehnung keineswegs geneigt [40], was jedoch zunächst nur eine Wirkung der Richtung gewesen zu sein scheint, welche die Doctrin in der damaligen Zeit einschlug. Es ist indessen darauf um so weniger Gewicht zu legen, als die gesetzlichen Bestimmungen sowohl des bayrischen als des preußischen Landrechts einer Ausdehnung des Rechtsbesitzes auf dauernde Rechte nicht entgegenstehen [41]. Hiernach ist Rechtsbesitz anzunehmen nicht nur bei den aktiv oder passiv mit dem Besitz eines Immobiles verbundenen Rechten, wie Servituten [42], Reallasten [43], dem Platzrecht [44], den dinglichen

---

über ein Gemeindebergwerk Erk. Celle 15/10 57 Sf. XV. 27; bei Schulverbandsreichnissen Erk. Darmstadt 12/12 37 Sf. IX. 126; bei Gehaltsansprüchen Erk. Cassel 1/9 41 Sf. I. 61, Darmstadt 3/11 52 Sf. XIII. 32 und XXII. 233; Stuttgart 7/9 53 Sf. VII. 43, Wolfenbüttel 9/5 45 Sf. XXIII. 32.

[40] Seuffert, Comment. II. 99, 3 nimmt als Regel an, daß der Begriff des Besitzes bei Familien- und bei reinen Forderungsrechten keine Anwendung leide. Dagegen erklärte sich für Ausdehnung auf Contraktsverbindlichkeiten oder sonstige jura ad rem Stürtzer, Bemerkungen 314. Erk. 4/12 26 Du Prel II. 153 ist die Zulässigkeit der Spolienklage auf Grund eines Dienstvertrages, 11/8 28 Du Prel VI. 81 und 19/10 32 Du Prel I. 110 auf Grund der Verweigerung des Dienstgehaltes und 26/5 29 Du Prel VI. 83 wegen Zurückhaltung einer stipulirten Ablösungssumme als unzuläßig erklärt.

[41] Entwurf III. 42 stellt sich dagegen auf den Standpunkt der oben Note 38 angeführten Meinung, und schließt den Rechtsbesitz bei allen aus Schuld- oder Familienverhältnissen entspringenden persönlichen Rechten aus.

[42] Savigny, Besitz 473 f. Randa, Besitz 240. Elvers, Servituten 647 f. Bayr. L.R. II. 7. 9. Nr. 5. Pr. L.R. I. 22. 14. Entwurf III. 42.

[43] Dunker, Z. f. d. R. II. 27—114. Bruns, Besitz 328—341. Randa, Besitz 255. Bayr. L.R. II. 7. 9. Nr. 6. Pr. L.R. II. 7. 463. 487. 494. II. 11. 815. 865. 870. Korte, Besitz der Rechte Gruchot V. 118 f. In der bayrischen Praxis ist die Anwendung des Begriffs des Rechtsbesitzes auf die Reallasten unbezweifelt Erk. 11/12 48 Bl. XVII. 239. Vgl: Von den possessorischen Rechtsmitteln bei den Reallasten Bl. VI. 37 und Seuffert, Comment. II. 82. Das gleiche bestimmt Entwurf III. 42.

[44] Wächter, Platzrecht 45. Das Bayr. L.R. IV. 7. 34 stellt es mit der Emphyteusis gleich, nach Pr. L.R. I. 22. 243 gehört es zu den Grundgerechtigkeiten, es ist also Rechtsbesitz daran gegeben. Auf demselben Standpunkt steht Entwurf III. 42. Gegen die Ansicht, welche bei dem Platzrecht abgeleiteten Besitz annimmt, s. oben Note 29.

Nutzungsrechten [45], der Kirchenbaulast [46], dem Fischereirecht [47], dem Bergwerkseigenthum [48], sondern auch bei anderen Rechten, welche eine sich wiederholende oder fortdauernde Ausübung zulassen, namentlich dem Patronat [49], dem Recht an einem Kirchenstuhl [50], Pacht und Miethe [51],

[45] Es galt dieß gemeinrechtlich von der Emphyteusis oben Note 28 auch nach Pr. L.R. I. 21. 187. Korte bei Gruchot V. 109. Dagegen nimmt Kreittmayr Anm. 2 e. zu L.R. II. 5. 2 unten Note 49 bei dem Emphyteuta, welchem L.R. IV. 7. 34 den Superficiar gleichgestellt ist, Sachbesitz an, und spricht dieß L.R. IV. 18. 16. Nr. 5 hinsichtlich des Vasallen bestimmt aus. Auch nach Pr. L.R. ist der Vasall Sachbesitzer Förster, P. P.R. § 183. Dieser Auffassung scheint mir auch das Lehenedikt von 1808 nicht zu wiedersprechen. Das gleiche ist nach der Bestimmung des Edikts § 42 und 44 für Familienfideicommisse anzunehmen, womit das Preußische Recht gleichfalls übereinstimmt. Förster, P. P.R. § 183.

[46] Soweit sie auf dem Zehntrecht ruhte ist die Kirchenbaulast jetzt als Reallast bestellt. Permaneder, kirchliche Baulast § 78. Die Anwendung des Begriffs des Quasibesitzes auf die kirchliche Baupflicht ist übrigens in der bayrischen Praxis allgemein anerkannt. Bl. XXXII. 104. Permaneder, Baulast § 51, 3; ebenso Erk. Darmstadt 20/9 62 Sf. XVII. 46.

[47] Erk. 10/12 61 Bl. XXVII. 44. Das gleiche galt früher von dem Jagdrecht Erk. Celle 2/12 45 Sf. II. 135. Pr. L.R. II. 14. 26.

[48] Nach dem Bayr. Berggesetz § 40 und 42, das wörtlich mit dem Preußischen Berggesetz § 50 und 54 übereinstimmt, ist das Bergwerkseigenthum ein Recht auf Gewinnung des verliehenen Minerals, demnach ein selbstständiges Recht; s. Klostermann, Bergrecht 145. Beseler, P.R. § 205, 3. Schon nach Pr. L.R. II. 16. 106 wurde Rechtsbesitz daran angenommen. In Bayern war das Bergwerkseigenthum schon bisher zu den nutzbringenden Rechten gezählt, für welche ein Hypothekenfolium eröffnet wird V. 31/7 1830 R.Bl. 990. Lehner, Hyp.R. § 21. Graf, Comment. III. 2.

[49] Randa, Besitz 266. Erk. Jena 4/9 17 Sf. VIII. 232. Pr. L.R. II. 11. 576 und 605.

[50] Hier nehmen Rechtsbesitz an: Erk. Wiesbaden 13/12 39 Sf. VI. 240, Darmstadt 10/10 56. Sf. XI. 272, womit auch die Preußische Praxis übereinstimmt. Förster, P. P.R. § 160, 109.

[51] Für die Annahme eines Rechtsbesitzes sprechen sich aus Randa, Besitz 265, 50 und Windscheid § 464, 4, Arndts, Kr. V. J. Schr. VIII. 386; dagegen Bruns, Besitz 483. Die erstere Ansicht ist gesetzlich anerkannt Pr. L.R. I. 21. 2 und 258 und ist von Kreittmayr als zweifellos angesehen, Anm. 2 e. zu II. 5. 2: „Diese letztere (possessio civilis) nun bestehet nach unserem Codice in einem solchen Inhaben, welches entweder nur animo allein ... z. E. bei Abwesenden ... oder aber corpore et animo zugleich und zwar entweder in der Absicht auf das Eigenthum selbst, z. B. bei Vasallen und Erbrechtern oder wenigstens auf ein Jus reale wie bei Pfandinhabern und Nutznießern oder gar auf ein jus personale wie bei Pächtern geschiehet, denn man sieht wohl die ge-

Commodat [52], Forderungen an Kapitalzinsen [53], dem Firmenrecht [54], dem Urheberrecht [55], nach bayrischem Landrecht auch an Familienrechten [56] und nach Preußischem Landrecht bei dem Erbrecht [57].

§ 131.

III. Wirkungen des Besitzes.

Die ältere Doktrin führte als Wirkungen des Besitzes eine Reihe von Verhältnissen auf, welche theils nicht mit dem Besitz als solchem

---

ringste rationem disparitatis nicht, warum derjenige, der eine Sache nur in Absicht auf Jus reale oder personale inne hat, nicht ebensogut als ein anderer Inhaber, der sein Absehen auf das Eigenthum richtet, wenigstens respectu illius juris et eatenus, quatenus illud animo sibi habendi possidet, pro possessore civili geachtet werden solle, zumal da juxta num. seq. 3 auch alle Jura incorporalia und zwar ohne Unterschied inter realia vel personalia possessionem zulassen." Anm. 3 b. zu L.R. IV. 6. 21. „Allein ob er schon nicht civilis sondern mere naturalis possessor et detentor rei locatae ist, so befindet er sich doch in possessione usus tam civili quam naturali ... folglich kann er sowohl contra tertium als locatorem selbst wenn er während dem Pacht von einem oder dem andern in usu gestört oder gar herausgesetzt wird ex remedio retinendae vel recuperandae possessionis jure saltem canonico et hodierno allerdings klagen."

[52] Randa, Besitz 265, 51. a. M. Bruns Besitz 483. Im Preußischen Landrecht I. 21. 2 und 229 ist dieß gesetzlich anerkannt. Korte in Gruchot V. 109. Förster, P. P.R. § 159, 23.

[53] Windscheid § 464, 4. Arndts, Kr. V.J.Schr. VIII. 387. Dagegen Randa 266, 52. Bruns, Besitz 482. Gesetzlich anerkannt ist dieß Pr. L.R. I. 7. 192. 232. Korte bei Gruchot V. 109. Förster, P. P.R. § 159, 23.

[54] Vgl. Mandry, Commentar zum Ges. 28/6 65 in Dollmann, G.G. I. 5. S. 99.

[55] Vgl. Mandry in Dollmann G.G. I. 5. S. 99.

[56] Bayr. L.R. I. 3. 4 oben Note 34. Das gleiche nehmen für das gemeine Recht an Erk. Darmstadt 21/3 51 Sf. IV. 120 (Ausübung der väterlichen Gewalt), Cassel 21/6 28 Pfeiffer, Prakt. Ausf. V. 130 (eheliches Zusammenleben). Gemeinrechtlich halten dieß nicht mehr für anwendbar Randa, Besitz 237, 6, Seuffert, Pandekten § 113, 5. Das Preußische Recht schließt den possessorischen Schutz der Familienrechte zwar nicht aus, die Anwendung halten jedoch nicht für zulässig Förster, P. P.R. § 159, 24 und Randa, Besitz 238, 6.

[57] Pr. L.R. I. 9. 495—498. Korte bei Gruchot V. 109. Förster, P. P.R. § 159, 23. Für das gemeine Recht verwerfen diese Auffassung Randa, Besitz 268, 57, Erk. Celle 10/1 55 Sf. XIV. 102. s. dagegen Arndts Krit. V.J.Schr. VIII. 390.

zusammenhängen, theils nicht privatrechtlicher Natur sind [1], und es steht sowohl das Bayrische als das Preußische Landrecht noch auf diesem Standpunkt. Indessen hat die neuere Doktrin als dem Besitz nicht eigenthümliche Verhältnisse ausgeschieden und es werden daher zu den eigenthümlichen Wirkungen des Besitzes nicht mehr gezählt:

1. Das Recht der Selbsthilfe, also die Befugniß Gewalt mit Gewalt abzuwehren [2], welches nur eine Consequenz der rechtlich als zuläßig erklärten Nothwehr [3] keineswegs auf den Besitzer beschränkt ist, sondern auch dem bloßen Inhaber zusteht [4].

2. Der Vorzug des Besitzers bei dem Streit über das Eigenthum, wenn der Nichtbesitzer keinen Beweis liefert [5], welcher Vortheil überhaupt jedem Beklagten nicht dem Besitzer allein zukommt [6].

3. Befreiung des Besitzers von der Angabe oder dem Nachweis seines Titels [7], was nur als die natürliche Consequenz des Grund-

---

[1] Randa, Besitz § 6, 3. Die älteren Schriftsteller specialisirten die Besitzvortheile, wie sie die Wirkungen des Besitzes nannten, in der Art, daß sie bis auf 72 Nummern gelangten. Randa, Besitz 54, 3.

[2] Bayr. L.R. II. 5. 8. Nr. 1: Kann sich jeder bei seinem Innehaben gegen unrechtmäßige Eingriffe selbst eigenmächtiger Weise schützen, und sofern es auf der Stelle geschieht, Gewalt mit Gewalt abtreiben. Pr. L.R. I. 7. 142: Er ist berechtigt, Gewalt mit Gewalt abzuwehren.

[3] Str.G.B. 72. Wer um sich oder andere gegen einen bereits begonnenen oder unmittelbar drohenden rechtswidrigen und gewaltthätigen Angriff auf Person, Besitz oder Eigenthum oder gegen widerrechtliches Eindringen in eine Wohnung oder ein Besitzthum zu schützen, den Angreifer oder Eindringling tödtet oder verletzt oder überhaupt eine mit Strafe bedrohte Handlung verübt, ist straflos, insoferne er hiebei die Grenzen der Vertheidigung nicht schuldhaft überschritten hat.

[4] Savigny, Besitz 37. Randa, Besitz 56. Koch, Besitz 62.

[5] Bayr. L.R. II. 5. 8. Nr. 3: Ist im Zweifel allzeit melior conditio possidentis. Pr. L.R. I. 7. 161: Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechtes weder durch Gewalt noch heimlich mit List oder bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur in soferne klagen, als er ein besseres Recht zum Besitz nachzuweisen hat.

[6] Savigny Besitz 36. Randa, Besitz 67. Koch, Besitz 99.

[7] Bayr. L.R. II. 5. 8. Nr. 4 und 5: Kann man ihm regulariter und sofern er nicht eine stärkere praesumtionem vel resistentiam juris wider sich hat, den Titul oder causam possessionis anzugeben keineswegs zumuthen. Ebensowenig ist er schuldig den Beweis, daß ihm die Sache zugehörig seie, auf sich zu nehmen, sondern das onus probandi liegt vielmehr dem Gegentheil ob. Pr. L.R. I. 7. 180: Er ist also, wenn er deßhalb in Anspruch genommen wird, den Titel seines Besitzes anzugeben und nachzuweisen nicht schuldig.

satzes erscheint, daß wer einen Anspruch erhebt, den zur Begründung desselben erforderlichen Beweis jedem Beklagten nicht bloß dem Besitzer gegenüber zu führen hat [8].

4. Rechtliche Vermuthung des gültigen Titels [9], die nichts dem Besitz eigenthümliches sondern nur die natürliche Consequenz des Grundsatzes ist, daß der Kläger den Beweis zu liefern hat, wenn er die Fehlerhaftigkeit des Titels des Beklagten behauptet [10].

5. Das Retentionsrecht [11], das nur als eine Anwendung der exceptio doli erscheint und auch dem Inhaber zusteht [12].

6. Zuläßigkeit der publicianischen Klage [13], die sich nicht auf den Besitz als solchen sondern auf das vermuthliche Eigenthum des Beklagten gründet [14].

7. Fruchterwerb des redlichen Besitzers [15], welcher nur nach der auch im Preußischen Landrecht adoptirten Meinung, daß der redliche Besitzer Eigenthümer der Früchte werde [16], als Wirkung des Besitzes angesehen werden kann, nicht aber nach der Meinung welche dem red-

---

[8] Savigny, Besitz 36. Koch, Besitz § 99.

[9] Bayr. L.R. II. 5. 8. Nr. 6: welcher (Gegentheil) auch auf den Fall, wenn er die causam possessionis für unrechtmäßig angibt, solches gebührend zu erweisen hat. Pr. L.R. I. 7. 179: Jeder Besitzer hat in der Regel die Vermuthung der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit seines Besitzes für sich.

[10] Randa, Besitz 59. Koch, Besitz 95. Förster, P. P.R. § 157, 9. a. M. hinsichtlich des preußischen Rechts Dernburg, P. P.R. § 156, 3.

[11] Bayr. L.R. II. 5. 8. Nr. 7: Stehet dem Inhaber bei Restituirung des ingehabten Gutes wegen deren darauf verwendeten passirlicher Köften jus retentionis in regula zu. Pr. L.R. I. 7. 536. 537: Das Zurückbehaltungsrecht besteht in der Befugniß des Inhabers einer fremden Sache selbige so lange in seiner Gewahrsam zu behalten bis er wegen seiner Gegenforderung befriedigt worden. Dieses Recht setzt also voraus, daß derjenige, welcher es ausüben will, redlicher Weise zum Besitz der Sache gelangt sei, und nach Beschaffenheit seines Titels den Besitz wieder zu räumen an und für sich verpflichtet sein würde.

[12] Savigny, Besitz 38. Randa, Besitz 68. Koch, Besitz 100. Förster, P. P.R. § 162, 16.

[13] Diese wird Pr. L.R. I. 7. 161 zu den Wirkungen des Besitzes gerechnet. Koch, Besitz 102. Förster, P. P.R. § 162, 11.

[14] Savigny, Besitz 34. Randa, Besitz 39. Förster, P. P.R. § 162, 12.

[15] Auch dieser wird Pr. L.R. I. 7. 189 und 190 zu den Wirkungen des Besitzes gerechnet. Koch, Besitz 63. Förster, P. P.R. § 162, 11.

[16] s. unten § 143, 9 und 15. Dieß ist auch die Auffassung des Bayrischen Landrechts.

lichen Besitzer nur publicianisches Eigenthum einräumt [17].

Als Wirkungen des Besitzes sind daher nur folgende anzuerkennen:

1. Der Besitzer hat gegen Störung oder Entziehung des Besitzes gerichtlichen Schutz anzusprechen [18].

2. Der Besitz kann unter bestimmten Voraussetzungen durch seine Dauer zum Eigenthumserwerb führen (Usucapionsbesitz) [19].

3. Bei Occupation und unter bestimmten Voraussetzungen bei Tradition ist in dem Besitzerwerb Eigenthumserwerb gegeben [20].

§ 132.

IV. Erwerb des Besitzes.

Der Besitz wird erworben, wenn sich der Wille zu besitzen durch eine dazu geeignete Handlung des Erwerbenden bethätigt [1]. Als einzelne Momente sind zu unterscheiden:

---

[17] s. unten § 143, 10. Savigny, Besitz 35.

[18] Vgl. unten § 134. Ueber die verschiedenen Meinungen, welche zur Begründung des Besitzschutzes aufgestellt werden s. Savigny, Besitz 55 f. Randa, Besitz 82 f. Windscheid § 148, 6. Ihering, Beiträge zur Lehre vom Besitz J. f. D. IX. 5 f. Das Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 2 faßt das Spolium als Delikt auf. Erk. 31/1 45 Bl. XX. 43.

[19] Vgl. unten § 144. Zu den Wirkungen des Besitzes rechnen die Usucapion Savigny, Besitz 29. Arndts § 135. Windscheid § 148, 7. Keller, Pandekten § 114. Seuffert, Pandekten § 105; gegen diese Annahme Puchta, R.L. II. 44, Randa, Besitz 69, 27, weil die Ersitzung nicht Wirkung des Besitzes sondern nur die eines besonders qualificirten Besitzes sei.

[20] Windscheid § 148. Arndts § 135. Auch dieß wollen nicht als Wirkungen des Besitzes ansehen Savigny, Besitz 34, Puchta, R.L. II. 44, Keller, Pandekten § 114, weil der Besitz hier nichts selbstständiges habe sondern bloß als dienstbares Faktum für den Erwerb des Eigenthums in Betracht komme, s. dagegen Windscheid § 148, 8.

[1] l. 3. § 1. D. 41. 2. Et adipiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo aut per se corpore. Bayr. L.R. II. 5. 5: Das Inhaben einer Sache wird andergestalt nicht erlangt als wenn man selbe aus hinlänglicher Ursach nach Maaßgab nächstfolgenden sechsten §i in der Absicht solche für sich zu behalten wirklich ergreift. Solchemnach ist Animus allein ohne sothanner Apprehension zu Erlangung der Possession nicht hinreichend, und es kann solche auch ohne erfolgend wirklicher Einräum= oder Ergreiffung nicht cedirt werden. Entwurf III. 1. „Der Besitz einer Sache wird erworben durch Erlangung der thatsächlichen Gewalt über die Sache, mit dem Willen, dieselbe wie ein Eigen=

1. Der Besitzwille. Dieser muß darauf gerichtet sein, die Sache oder das Recht wie eigen zu behandeln [2]. Es kann dieß jetzt für das gemeine Recht als die herrschende Meinung bezeichnet werden [3]. Eine davon abweichende Meinung geht dahin, daß der Besitzwille lediglich darauf gerichtet sein müsse, die Sache oder das Recht für sich zu haben [4]. Dieß ist die Auffassung des Preußischen Landrechts [5], und es beruht darauf die Unterscheidung des vollständigen und unvollständigen Besitzes [6], wobei nur für den ersteren die Absicht die Sache als

---

thümer für sich zu haben." Eine Ausnahme liegt in den Fällen des abgeleiteten Besitzes vor; vgl. oben § 129, 13 und unten Note 4.

[2] Man bezeichnet dieß jetzt gewöhnlich als animus domini. Savigny, Besitz 110. 128. 246. Randa, Besitz 130 und 270. Näher bestimmend sagt Windscheid § 149, 5 der Wille wie ihn der Eigenthümer haben darf. Damit übereinstimmend Bayr. L.R. II. 5. 5. Nr. 1 und Entwurf III. 1 oben Note 1. Sächs. G.B. § 186. „Wer eine Sache thatsächlich in seiner Macht hat, ist Inhaber und wenn er den Willen hat, an der Sache für sich Eigenthum auszuüben Besitzer derselben." Bei dem Rechtsbesitz muß die Absicht vorliegen, das Recht als eignes Recht auszuüben. Randa, Besitz 270, Windscheid § 163, 6, Dunker, Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 66, wofür nach Preußischem Recht bei affirmativen und Untersagungsrechten die Vermuthung spricht. Vgl. unten Note 45 und 47. Nicht erforderlich ist, daß bei dinglichen Rechten die Absicht auf Ausübung des Rechts als Recht an einer fremden Sache gerichtet sei, das Recht kann auch erworben werden, obwohl der Erwerber die Sache für seine eigene hält. Windscheid § 163, 8. Erk. Cassel 5/2 48 Sf. VII. 154; Lübeck 17/6 45 Sf. VIII. 292; Celle 28/2 65 Sf. XX. 19; München 1/10 67 Sf. XXII. 23. A. M. Erk. Stuttgart 17/11 54 Sf. VIII. 220. Für die erstere Ansicht spricht sich aus: Plenarbeschluß Berlin 3/3 62 Sf. XVII. 14. Förster, P. P.R. § 160, 92. Dernburg, P. P.R. § 161, 3.

[3] Savigny, Besitz 110. Randa, Besitz 130. Puchta, R.L. II. 42. Windscheid § 149. Arndts § 135. Seuffert, Pandekten § 105. Brinz, Pandekten 63. Vangerow § 200. Anm. 1.

[4] Kierulff 352. Böcking, Pandekten § 123, 7 und andere bei Windscheid § 149, 7 und Vangerow § 200. Anm 1 angeführte. Veranlaßt ist diese Meinung durch das Bestreben, für die Fälle des s. g. abgeleiteten Besitzes, die nach der ersteren Meinung nur als eine durch das Gesetz bestimmte Ausnahme erscheinen, und den ursprünglichen Besitz ein gemeinsames Princip aufzustellen.

[5] Pr. L.R. I. 7. 3: Wer aber eine Sache in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen unmittelbar oder durch andere in seine Gewahrsam nimmt der wird Besitzer der Sache.

[6] Pr. L.R. I. 7. 6 und 7: Wer eine Sache oder ein Recht zwar als fremdes Eigenthum aber doch in der Absicht darüber für sich selbst zu verfügen in seine Gewahrsam übernommen hat, der heißt ein unvollständiger Besitzer. Vollständiger Besitzer heißt der, welcher eine Sache oder ein Recht als sein eigen

eigene zu haben vorausgesetzt wird. Zum Besitzerwerb genügt das Vorhandensein des Besitzwillens, ohne daß dabei die Ueberzeugung der Berechtigung erforderlich wäre [7].

II. Der Erwerbsakt besteht in der Besitzergreifung des Objekts. Für diese gelten folgende Grundsätze:

1. Stellvertretung. Die Besitzergreifung kann durch den Besitzer selbst oder durch Stellvertreter vorgenommen werden [8]. Die Vertretung kann eine gesetzliche [9] oder freiwillige sein. Der Besitzerwerb durch Stellvertretung ist bedingt:

a. von der Absicht des Stellvertreters den Besitz für den Vertretenen zu erwerben und einer dem entsprechenden Besitzergreifung. Ohne diesen Willen wird der Vertretene nicht Besitzer [10]. Eine Ausnahme ist begründet, wenn die Tradition an den Erwerber als Stellvertreter erfolgt, indem der Stellvertreter, der keinen Widerspruch einlegt, ohne Rücksicht auf seinen Willen dem Vertretenen erwirbt [11]. Einer Be-

---

besitzt. Vgl. darüber Koch, Besitz 43. Heydemann S. 328, 614. Förster, P. P.R. § 160, 14. Dernburg, P. P.R. § 149, 2.

[7] Der animus domini setzt nicht die opinio dominii voraus. Savigny, Besitz 110. Randa, Besitz 131, 8.

[8] Windscheid § 155. Arndts § 140. Förster, P. P.R. § 160. IV. Bremer, zu der Lehre von dem Besitzerwerb durch Stellvertreter Z. f. C.R. *XI. 211 f. Hauser, Stellvertretung im Besitz, Leipzig 1870.

[9] oben § 130, 6. Windscheid § 155. 13. Förster, P. P.R. § 160, 129.

[10] l. 1. § 20. D. 41. 2. Per procuratorem tutorem curatoremve possessio nobis acquiritur; cum autem suo nomine nacti fuerint possessionem, non cum ea mente ut operam duntaxat suam accomodarent, nobis non possunt acquirere. Entwurf III. 8. Zum Besitzerwerb durch freiwillige oder gesetzliche Stellvertreter ist erforderlich, daß der Vertreter die thatsächliche Gewalt über die Sache erlangt, den Besitz dem Vertretenen zu erwerben. Hauser, Stellvertretung 15. Windscheid § 155, 4. Daher wird der Vertretene nicht Besitzer, wenn der Vertreter für sich Besitz ergreift, obwohl mit der Absicht, später an den Auftraggeber zu tradiren. Windscheid § 155, 6. Hauser, Stellvertretung 14, 6. Goldschmidt, H.R. § 66, 6 f. Dernburg, P. P.R. § 154, 3.

[11] l. 13. D. 39. 5 et si procuratori meo hoc animo rem tradiderit ut mihi acquirat, ille quasi sibi acquisiturus acceperit, nihil agit in sua persona, sed mihi acquirit. Gegen die ältere Ansicht, welche lediglich die Absicht des Tradenten berücksichtigt wissen wollte, ist von Bremer, Z. f. C.R. *XI. 249 f. ausgeführt, daß unprotestirte Annahme des Vertreters erforderlich sei, so daß die bloße Mentalreservation des Vertreters den Besitzübergang auf den Vertretenen nicht hindere vgl. Windscheid § 155, 7. Arndts § 140, 4. Hauser, Stellvertretung 19—23. Dieser Ansicht schließen sich an Erk. Darmstadt 1/9 55

sitzergreifung bedarf es nicht, wenn der bisherige Besitzer als Stellvertreter für den neuen Erwerber zu besitzen erklärt (constitutum possessorium), was ausdrücklich oder stillschweigend geschehen kann [12], ferner wenn der bisherige Inhaber mit Einwilligung des bisherigen Besitzers der Besitzer sein will [13], und nach Preußischem Recht, wenn der Besitzer seinen bisherigen Stellvertreter anweist fortan für einen Dritten zu besitzen [14].

Sf. X. 134; Dresden 8/12 65 Sf. XXIII. 196. Entwurf II. 9. „Wird eine Sache dem Stellvertreter für den Vertretenen übergeben und der erstere nimmt die Sache ohne Erklärung einer andern Absicht an, so geht der Besitz auf den Vertretenen über wenn gleich der Vertreter den Willen hatte die Sache für sich oder einen dritten in Besitz zu nehmen." Eine abweichende Meinung, wonach ohne den Willen des Vertreters der Principal überhaupt nicht Besitz erwirbt, begründet Exner, Tradition 136, 39. Nach Preußischem Recht kommt der Wille des Stellvertreters überhaupt nicht in Betracht Koch, P.R. § 177, 2.

[12] l. 18. pr. D. 41. 2. Quod meo nomine possideo possum alieno nomine possidere; nec enim muto causam possessionis sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. Bayr. L.R. II. 5. 7: Constitutum possessorium wird genannt, wenn sich der Inhaber anheischig macht die Sach hinfüro nicht mehr für sich sondern für einen andern mit dessen Bewilligung behalten zu wollen, welches nicht nur ausdrücklich sondern auch stillschweigend geschehen kann, da nämlich z. E. Constituent sich in Ansehen des Constitutarii nur für einen Usufructuarium Depositarium Commodatarium Mandatarium oder Conductorem erklärt. Pr. L.R. I. 7. 71: Auch alsdann ist die Uebergabe des Besitzes für vollzogen zu achten, wenn der bisherige Besitzer seinen Willen, die Sache nunmehr für einen andern in seiner Gewahrsam zu halten, rechtsgültig erklärt hat. Entwurf III. 5: Der Besitzer überträgt den Besitz der Sache auf einen andern auch dann, wenn er mit demjenigen, welcher bisher die Sache für ihn innehatte, dahin übereinkommt, daß dieser fortan dieselbe für sich besitze; wenn er mit einem andern dahin übereinkommt, daß er fortan den Besitz für diesen ausübe; wenn er seinen bisherigen Stellvertreter im Besitz im Einverständniß mit dem Erwerber anweist, fortan den Besitz für letzteren auszuüben. vgl. Savigny, Besitz 318 f. Windscheid § 155, 8. Randa, Besitz 201. Hauser, Stellvertretung 46. Förster, P. P.R. 160, 71 f. Erk. Celle 7/11 44 Sf. VI. 310; Dresden 4/11 64 Sf. XX. 15.

[13] l. 9. § 5. D. 41. 1. Randa, Besitz 116, 36. Windscheid § 154, 2. Pr. L.R. I. 7. 70. Förster, P. P.R. § 160, 70. Entwurf III. 5.

[14] Pr. L.R. I. 7. 66: Wenn der, welcher die Sache im Namen des bisherigen Besitzers innehat, von demselben angewiesen wird, den Besitz im Namen des neuen Besitzers fortzusetzen, so ist die Uebergabe vollzogen, vgl. Koch, Besitz 181. Förster, P. P.R. § 160, 69. In dem gemeinen Recht ist diese Erwerbsart nicht weiter ausgebildet. Dagegen ist sie Sächs. B.Gb. § 201 und Entwurf III. 5. ausdrücklich aufgenommen.

b. von der Absicht des Vertretenen den Besitz zu erwerben. Dieser äußert sich in einem Auftrag, der auch im allgemeinen ertheilt werden kann [15], in welchem Fall dann Benachrichtigung von der Besitzergreifung des Vertreters zur Erwerbung nicht erforderlich ist [16], oder in nachträglicher Genehmigung, deren Wirkung auf den Zeitpunkt der Vornahme der Handlung zurückzubeziehen ist [17].

2. Akt der Besitzergreifung. A. Sachenbesitz. Die Besitzergreifung kann durch einseitige Handlungen des Erwerbers oder mit dem Willen des bisherigen Besitzers erfolgen. Die Handlung muß so beschaffen sein, daß der Erwerber dadurch die Möglichkeit vollständiger Einwirkung auf die Sache erlangt [18]. Die ältere Meinung

---

[15] Bremer, Z. f. C.R.Pr. * XI. 211. Windscheid § 155, 9. Randa, Besitz 198, 12. Goldschmidt, H.R. § 66, 5. Hauser, Stellvertretung S. 16, 12. a. M. Savigny, Besitz 365 u. a. bei Randa 198, 12 angeführte. Für erstere Meinung Erk. Celle 2/12 45 Sf. II. 135; Oldenburg 14/11 50 Sf. V. 106; Dresden 4/6 68 Sf. XXIII. 15; Darmstadt 1/9 55 Sf. X. 134; für die letztere Celle 24/2 46 Sf. X. 130. Auch die Preußische Praxis erklärt sich für die erstere Meinung, Förster, P. P.R. § 160, 116, und ebenso Entwurf III. 10. „Der auf Besitzerwerb gerichtete Wille des Vertretenen ist anzunehmen so oft der Besitzerwerb des Stellvertreters innerhalb der Grenzen des ertheilten Auftrags liegt, auch wenn der Auftrag nicht gerade auf die Besitzerwerbung der bestimmten einzelnen Sache gerichtet war." Das Stellvertretungsverhältniß muß jedoch ein derartiges sein, daß die Besitzergreifung in die Competenz des Vertreters fällt. Usufructuare Pachter und Miether erscheinen nicht als beauftragt Randa 199. Doch ist nach Preußischem Recht für den ersteren eine Ausnahme zu machen Förster, P. P.R. 118. Dernburg, P. P.R. § 154, 7 will dieß auch auf letzteren ausdehnen.

[16] l. 49. § 2. D. 41. 2. etsi possessio per procuratorem ignoranti quaeritur. Randa, Besitz 199, 15. Hauser, Stellvertretung 18, 13. Förster, P. P.R. § 160, 117. Dernburg, P. P.R. § 154, 6.

[17] Windscheid § 74, 6. Randa, Besitz S. 200, 16. Goldschmidt, H.R. § 66, 4. A. M. Savigny, Besitz 316. Keller, Pandekten § 119, 11. Hauser, Stellvertretung S. 16, 14 und S. 26. Mit ersterer Ansicht stimmt das Preußische Recht überein, Förster, P. P.R. § 43, 29 und 160, 122, ebenso Entwurf III. 11: „durch die ohne Auftrag für einen andern vorgenommene Besitzerwerbungshandlung geht der Besitz auf diesen nur im Falle seiner Genehmigung über. Sein Besitzerwerb wird in diesem Fall auf den Zeitpunkt der Vornahme jener Handlung zurückbezogen;" mit letzterer Erk. Jena 2/1 51 Sf. XII. 231; Celle 16/1 55 Sf. XIV. 102; Sächs. B.G.B. § 203.

[18] Windscheid § 153, 3. Randa, Besitz 103. Förster, P. P.R. § 160, 36. Bayr. L.R. II. 5. 6. „Die Ergreifung des Posseß ist ein solches Faktum, wodurch man sich der Sache bemächtigt und wird in veram et fictam getheilt."

ging dahin, daß zur Besitzergreifung körperliche Berührung oder eine diese ersetzende Handlung (symbolische oder fingirte Apprehension) erforderlich sei [19]. Diese Meinung ist jetzt allgemein aufgegeben, es wird vielmehr jede Handlung als genügend angenommen, welche die Möglichkeit sofortiger unmittelbarer Einwirkung gewährt [20], und es ist daher nur eine thatsächliche Frage, ob in dem einzelnen Fall der Besitz ergriffen sei [21]. Durch einseitige Handlung des Erwerbers kann der Besitz einer Sache nur dann erworben werden, wenn diese überhaupt nicht von einem andern besessen ist [22], oder wenn durch die einseitige Handlung dem bisherigen Besitzer der Besitz entzogen wird [23]. Mit dem Willen des bisherigen Besitzers wird der Besitz erworben, wenn der bisherige Besitzer dem Erwerber die Verfügung über die Sache überläßt und dieser Besitz davon ergreift [24]. Als einzelne Besitzergreifungsakte sind namentlich hervorzuheben:

Pr. L.R. I. 7. 50. 51. „Die äußere Handlung, wodurch eine körperliche Sache in die Gewalt des Besitzers gelangt, wird im eigentlichen Verstand Besitzergreifung genannt. Dazu ist jede Handlung hinreichend, welche den neuen Besitzer in den Stand setzt, die Sache selbst oder durch andere zu gebrauchen und darüber zu verfügen." Nicht hinreichend ist die bloße Erklärung des bisherigen Besitzers, daß er den Besitz dem Erwerber einräume. Erk. Lübeck 25/11 41 Sf. X. 229; Jena 1/12 53 Sf. XII. 296; Förster, P. P.R. § 160, 67.

[19] s. die bei Savigny, Besitz 207 f. und Randa 118, 40 angeführten. Dieß ist auch die Unterscheidung des Bayr. L.R. II. 5. 6 oben Note 18.

[20] Savigny, Besitz 210. Windscheid § 153, 4. Randa, Besitz 117.

[21] Förster, P. P.R. § 160, 39.

[22] z. B. bei wilden Thieren § 13. J. 2. 1, l. 5. § 1. D. 41. 1, Randa, Besitz 113, 30, und beim Schatz l. 3. § 3. D. 41. 2, Randa, Besitz 112, 27. Pr. L.R. I. 7. 55. „Der Besitz einer Sache, die in Niemands Besitz sich befindet, kann dadurch ergriffen werden, daß der Besitznehmende die Sache mit solchen Merkmalen bezeichnet, woraus seine Absicht, dieselbe künftig für sich gebrauchen zu wollen, deutlich erhellet." Dernburg, P. P.R. § 151, 5.

[23] l. 15. D. 41. 2. Rem quae nobis subrepta est perinde intelligimur desinere possidere atque eam quae vi nobis erepta est. Sed si is qui in potestate nostra est subripuerit, quamdiu apud ipsum sit res tamdiu non amittimus possessionem, quia per hujusmodi personas nobis acquiritur possessio. Entwurf III. 3: Durch einseitige Handlungen wird der Besitz der von einem anderen besessenen Sache nur dann erworben, wenn durch dieselben dem bisherigen Besitzer der Besitz entzogen wird. Randa, Besitz 224. Dieß gilt jedoch nicht nach Preußischem Landrecht, da durch fehlerhafte Besitzergreifung von Seite eines andern der Besitz nicht verloren geht vgl. unten Note 52.

[24] l. 51. D. 41. 2. l. 74. D. 18. 1. Windscheid § 153, 5. Pr. L.R. I. 7. 58: Durch Uebergabe wird der Besitz erlangt, wenn der bisherige Besitzer

a. Die bloße Gegenwart, wenn der sofortigen physischen Ergreifung nichts im Wege steht und die Absicht ausgesprochen oder aus den Umständen zu entnehmen ist [25].

b. Die körperliche Ergreifung. Diese kann entweder in einer wirklichen Ergreifung bestehen, daher bei beweglichen Sachen durch Berühren mit der Hand, bei unbeweglichen durch Betretung mit den Füßen [26], oder in einer Handlung des Erwerbers, woraus sich die Besitzergreifung entnehmen läßt [27], wie Aufsetzen eines Zeichens [28],

---

einer Sache sich derselben zum Vortheil eines andern entschlägt und dieser den erledigten Besitz ergreift. Entwurf III. 4. „Durch Uebertragung wird der Besitz erworben, wenn der bisherige Besitzer im Einverständniß mit dem Erwerber diesem die Verfügung über die Sache in der Absicht der Besitzübertragung überläßt und letzterer in Folge hievon die Gewalt über die Sache ... erlangt." vgl. Förster § 160, 50.

[25] l. 18. § 2. D. 41. 2. Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim possidere me certum est, quamquam id nemodum attigerit; aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret vacuamque se possessionem tradere dicat non minus possidere coepi quam si pedem finibus intulissem. Randa, Besitz 108, 17. Windscheid § 153, 4. Exner, Tradition 97. Erk. Jena 1/12 53 Sf. XIII. 296; Dresden 1857 Sf. XII. 5; Dresden 21/11 67 Sf. XXII. 15. Erk. Dresden 12/5 64 Sf. XVIII. 209 ist dieß in Anwendung auf Bestandtheile von unbeweglichen Sachen, die als beweglich nur gedacht sind, ausgesprochen. Dieß ist l. 49. D. 46, 3 als longa manu traditio bezeichnet vgl. Holzschuher II. 16. Windscheid § 154, 2.

[26] l. 3. § 2. D. 41. 2 non utique ita accipiendum est, ut qui fundum possidere velit omnes glebas circumambulet, sed sufficit quamlibet partem ejus introire. Bayr. L.R. II. 5. 6: Die Ergreifung des Posseß wird in veram et fictam getheilt. Jene kann auf unterschiedliche Weise geschehen und zwar bei beweglichen Dingen gemeiniglich dadurch, wenn man solche zu Handen bringt, bei unbeweglichen aber durch den Eintritt also und dergestalt, daß in einem zusammenhangenden Ding (Corpore connexo) z. E. in einem Wald oder Grundstück alle Theile desselben zu betreten oder zu berühren nicht nöthig ist, sondern es wird das ganze Corpus mittels eines Theils oder dazu gehörigen Stücks apprehendirt. Exner, Tradition 95.

[27] Dieß wird von älteren Schriftstellern fingirte Apprehension genannt Bayr. L.R. II. 5. Nr. 8: Ficta apprehensio bestehet in gewissen üblichen Zeichen, als da z. E. seind die Uebergebung der Schlüssel oder Instrumenten, Ausschneidung Span oder Wasens, Aufdruckung des Siegels, Einpflichtung der Unterthanen, Verschließung oder Bewachung der Sach. Pr. L.R. I. 7. 61—65. Randa, Besitz 118, 40. Förster, P. P.R. § 160, 61.

[28] l. 14. § 1. D. 18. 6 videri autem trabes traditas quas emtor signasset. Randa, Besitz 109. Goldschmidt, H.R. § 68, 3.

Umzäunen eines Grundstücks [29], Empfangnahme durch Schlüsselübergabe [30] oder Uebergabe der betreffenden Uebertragungsurkunden [31], durch Bestellung einer Aufsicht durch den Erwerber [32] und Uebertragung in den Gewahrsam desselben [33]. Von manchen wird die Zuläßigkeit einer symbolischen Besitzergreifung angenommen, welche darin bestehen soll, daß der Besitz einer nicht gegenwärtigen Sache durch den Gebrauch von Zeichen übergeben wird [34], und es soll dieß namentlich bei dem Uebergang des Besitzes durch Conossement und andere Transportpapiere

---

[29] Randa, Besitz 115. Sächs. B.Gb. § 196.

[30] l. 74. D. 18. 1. Clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea tradita sint, quo facto confestim emtor dominium et possessionem adipiscitur etsi non aperuerit horrea. Voraussetzung ist dabei, daß die Uebergabe in der Nähe des verschlossenen Raumes erfolgt; s. Savigny, Besitz 223. Windscheid § 153, 4. Randa, Besitz 112, 26. Exner, Tradition 100, 33. Goldschmidt, H.R. § 67, 2. Die Meinung, daß dieses Erforderniß nach allgemeiner Uebung nicht mehr bestehe, bildete sich erst seit dem 18. Jahrhundert, Exner, Tradition 158, und ist ausgesprochen Erk. Dresden 7/3 49 Sf. III. 5; dagegen Entwurf III. 4: Der Besitz verschlossener Sachen gilt als übergeben wenn der bisherige Besitzer dem Erwerber die Schlüssel zu dem Behältnisse unter Umständen übergiebt, welche die sofortige ungehinderte Ergreifung jener Sachen durch den letzteren zulassen; ebenso Sächs. B.Gb. § 199.

[31] l. 1. Cod. 8. 54. Emtionem mancipiorum instrumentis donatis et traditis et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis. Auch hier wird nach römischem Recht Gegenwart der zu übergebenden Sache vorauszusetzen sein. Goldschmidt, H.R. § 67, 7. Windscheid § 153, 6. Savigny, Besitz 220. Randa, Besitz 125, 54. a. M. Dernburg, P.P.R. § 152, 5. vgl. die Erkenntnisse von Lübeck und Jena oben Note 18. Weder das sächsische B.G.B. noch der Entwurf erwähnen diese Uebergabe durch Urkunden.

[32] l. 51. D. 41. 2 veluti si acervum lignorum emero, et eum venditor tollere me jusserit, simulatque custodiam posuissem, traditus mihi videtur. Vgl. Randa, Besitz 111, 22. Goldschmidt, H.R. § 67. 4. Erk. Lübeck 28/10 62 Sf. XVIII. 13.

[33] l. 18. § 2. D. 41. 2. Si venditorem quod emerim deponere in mea domo jusserim, possidere me certum est quamquam id nemodum attigerit. Savigny, Besitz 226. Randa, Besitz 111. Exner, Tradition 102—109. Windscheid § 153, 4. Unter diesen Gesichtspunkt fällt der Besitzerwerb an zugesendeten Waaren s. Hauser, Stellvertretung 60. Erk. Stuttgart 31/10 56 Sf. XIII. 82; Lübeck 19/11 60 Sf. XV. 100.

[34] vgl. Randa, Besitz 118 f. Exner, Tradition 152 f. Goldschmidt, H.R. § 67.

Anwendung finden [35]. Allein es wird dieß nicht nur für das gemeine Recht überhaupt [36] sondern auch für das Gebiet des Handelsrechts in Abrede gestellt [37].

B. Rechtsbesitz. Der Erwerb des Rechtsbesitzes setzt die Ausübung des Rechtes voraus [38]. Bestritten ist ob dabei wie beim Sachbesitz die bloße Möglichkeit der Ausübung hinreiche, oder ob die wirkliche Ausübung vorausgesetzt werde. Während die einen diese Frage allgemein verneinen [39], andere allgemein bejahen [40], unterscheidet eine dritte Meinung die mit einem Immobile aktiv verbundenen und die übrigen Rechte, und nimmt nur bei den ersteren nicht bei den letzteren

---

[35] Symbolische Besitzübertragung nehmen hier an Beseler, Pr.R. § 255, 30 und die bei Goldschmidt, H.R. § 73, 40 angeführten.

[36] Savigny, Besitz 207. Thöl, H.R. § 80, 15. Ihering, J. f. D. I. 179 f. Damit stimmt auch das Preußische Recht überein. Förster, P. P.R. § 160, 61.

[37] Goldschmidt, H.R. § 73, 39 f. Thöl, H.R. § 80. Hauser, Stellvertretung 86 f. Erk. Lübek 22/12 49 Sf. VI. 241.

[38] l. 20. D. 8. 1. Ego autem puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Randa, Besitz 286.

[39] Randa, Besitz 287, 1 und 302, 10. Brinz, Pandekten 80. Böcking, Pandekten § 126, 16 f. Förster, P. P.R. § 160, 81. Letztere finden die Ausübung der mit Detention der Sache verbundenen Rechte in der Besitzerwerbung des Grundstücks, während Randa dieß als Ausnahme bezeichnet. Diesen Standpunkt hat Bayr. L.R. II. 5. 6. Nr. 6. 7: „Unkörperliche Dinge, welche körperlichen anhangen, werden mittels der letzteren allezeit zugleich ergriffen, sonst aber geschiehet die Apprehension in incorporalibus durch deren wirklichen Gebrauch oder actus possessorios und zwar in juribus negativis, kraft deren etwas nicht geschehen soll, z. E. in Unterlassung eines gewissen Bau oder Gangsteiges und dergleichen durch das Verbot auf einer und die Acquiescenz auf anderer Seite, in affirmativis aber durch den Gebrauch auf einer und die Gestattung auf anderer Seite." Aus den Anmerkungen ergibt sich, daß Kreittmayr unter den ersteren nur Pertinenzen versteht z. E. Jurisdictio cum fundo, Imperium cum dominio. Auf gleichem Standpunkt steht Entwurf III. 45 und 51, der nur bei Usufruktus Usus und Superficies den Rechtsbesitz mit der Erlangung der Innehabung der dienenden Sache erwerben läßt.

[40] Unterholzner Verjährungslehre II. § 209. Bruns, Besitz 475. Windscheid § 163, 5. Duncker, über Quasipossessio, Z. f. D. R. II. 62. Diese sehen in l. 3. pr. D. 7. 1. »Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur utifrui« ein allgemeines Princip, und nehmen nach Analogie des Sachbesitzes den Rechtsbesitz als erworben an, sowie die Möglichkeit der Ausübung vorliegt.

die Möglichkeit der Ausübung für die Ausübung selbst [41], was jedoch nur auf die Erwerbung bereits bestehender nicht auf die Neubegründung solcher Rechte zu beziehen ist [42].

Die Ausübung erfolgt bei affirmativen Servituten durch Vornahme der Handlung, welche den Inhalt der Berechtigung bilden soll [43], oder Herstellung der dazu erforderlichen dauernden Vorrichtungen [44], bei negativen Servituten durch Einräumung des Verbietungsrechtes von Seite des Eigenthümers des dienenden Grundstücks, durch richterliches Erkenntniß, oder durch erfolgreiches Verbot der Handlung, deren Unterlassung den Inhalt der Servitut bildet [45], bei persönlichen

---

[41] Dieß ist die Auffassung der Preußischen Praxis Erk. Berlin 22/1 60 Entsch. XLII. 46. Diese Meinung schließt sich an die Bestimmung Pr. L.R. I. 7. 77. „Rechte, die mit dem Besitz einer Sache verbunden sind, werden mit der Sache zugleich übergeben,“ und erstreckt sich auch auf discontinuirliche Rechte Förster, P. P.R. § 160, 82.

[42] s. Förster, P. P.R. § 160, 79 und 90.

[43] Savigny, Besitz 480. Randa, Besitz 301. Förster, P. P.R. § 160, 91 f. Bayr. L.R. II. 5. 6. Nr. 7. Pr. L.R. I. 7. 81. Die ältere gemeinrechtliche Doktrin verlangte dabei scientia et patientia, während die neuere durchgängig entgegengesetzter Ansicht ist. Savigny, Besitz 481. Randa, Besitz 304, 14. Förster, P. P.R. § 160, 96. Elvers, Servituten 742. i. Dagegen ist dieß vorausgesetzt in Bayr. L.R. II. 5. 6. Nr. 7. „Durch den Gebrauch auf einer und Gestattung auf anderer Seite“ und Pr. L.R. I. 7. 81. „Wer eine Handlung, welcher der andere widersprechen konnte, ohne dessen Widerspruch unternimmt, der erlangt den Besitz des Rechtes von dem andern zu fordern, daß er diese Handlung ferner leide,“ worin an sich die Voraussetzung der Kenntniß des Gegentheils gegeben ist. Förster, P. P.R. § 160, 95 und 97. Auch Erk. 22/12 55 Bl. XXI. 365 betrachtet die scientia des Eigenthümers des dienenden Grundstücks als allgemeine Voraussetzung, welche Ansicht daher auch in Entwurf III. 45 recipirt ist.

[44] l. 20. pr. D. 8. 2. Nam si forte in aedibus meis in aedes tuas tignum immissum habuero, hoc ut immissum habeam per causam tigni possideo habendi consuetudinem. Elvers, Servituten 676. Savigny, Besitz 492. Randa, Besitz 309, 21. Entwurf III. 45. 3. „Bei Grunddienstbarkeiten, zu deren Ausübung besondere Anlagen oder Vorrichtungen nöthig sind, durch Errichtung oder Benützung jener Anstalten in Folge der Einräumung des Dienstbarkeitsrechts oder mit Wissen des Besitzers der dienenden Sache.“

[45] Savigny, Besitz 495. Windscheid § 163, 4. Randa, Besitz 312 f. Förster, P. P.R. § 160, 99 und 105. Bayr. L.R. II. 5. 6. Nr. 7 oben Note 39. Pr. L.R. I. 7. 86 und 87: Den Besitz eines Untersagungsrechtes erwirbt derjenige, auf dessen Verbot der andere von einer unternommenen Handlung absteht. Ist jedoch ein Untersagungsrecht jemanden durch eine ausdrückliche Willens-

Servituten, die mit der Detention der Sache verbunden sind, durch Besitzerwerb an dem betreffenden Gegenstand [46], bei Reallasten [47] und anderen Rechten [48] durch Ausübung des betreffenden Inhalts. Als allgemeine Regel gilt dabei, daß zur Erwerbung des Rechtsbesitzes einmalige Ausübung genügt [49].

---

erklärung eingeräumt worden, so wird derselbe von dem Augenblick an, wo diese Willenserklärung ihre Rechtsgültigkeit erlangt hat, in dem Besitz des Rechtes zu sein erachtet. Entwurf III. 46: Der Besitz einer Grunddienstbarkeit, welche dem Eigenthümer der dienenden Sache eine bestimmte Verfügung über dieselbe entzieht, wird erworben 1) mit der Bestellung des Dienstbarkeitsrechtes, 2) wenn der Besitzer der herrschenden Sache unter Berufung auf ein Dienstbarkeitsrecht dem Besitzer der dienenden Sache die Vornahme einer von diesem begonnenen der Dienstbarkeit entgegengesetzten Handlung untersagt hat, und letztere in Folge davon unterblieben ist." Das Unterlassen der betreffenden Handlung ohne ausdrückliches Verbot oder Einräumung des Verbietungsrechts ist zum Besitzerwerb nicht genügend. Randa, Besitz 313, 4; Erk. Jena 20/3 23 Sf. VI. 15; Stuttgart 13/9 54 Sf. XIV. 13; Erk. München 6/12 25 Du Prel VI. 138; A.E. Aschaffenburg Arends V. 296.

[46] l. 3. pr. D. 7. 1. oben Note 40. Pr. L.R. I. 7. 77. Savigny, Besitz 474. Randa, Besitz 301. Entwurf III. 45 ... der Besitz der Dienstbarkeit wird erworben bei dem Nießbrauch und dem Gebrauchsrecht mit der Erlangung der Innehabung der dienenden Sache.

[47] Dunker, Z. f. D. R. II. 58, 62 und Reallasten 99. Randa, Besitz 333. Förster, P. P.R. § 160, 90. Pr. L.R. I. 7. 80. „Wer eine Handlung, die ein anderer als eine fortdauernde Schuldigkeit von ihm gefordert hat, wirklich leistet, der setzt denselben in den Besitz des Rechtes, die Wiederholung dieser Handlung von ihm zu fordern (Affirmatives Recht)." Entwurf III. 52. „Der Besitz einer Reallast ist erworben, wenn von dem Besitzer eines Grundstücks in der Absicht eine auf demselben ruhende Last abzuführen eine Leistung bewirkt und als Ausfluß der entsprechenden Berechtigung von dem Empfänger angenommen wird." Voraussetzung ist dabei, daß die Reallast als Schuldigkeit gefordert und geleistet worden sei Dunker, Z. f. D. R. II. 66 und Reallasten 100. Randa, Besitz 334. Förster, P. P.R. § 160, 90. Nach Pr. L.R. I. 7. 107 spricht bei Leistungen die Vermuthung für die Absicht, daß sie als Schuldigkeit geleistet seien, und es bedarf daher keines Nachweises von Seite des Berechtigten, daß er die Leistung als Schuldigkeit in Anspruch genommen habe. Hofrescript 8/11 1802 Arnold II. 574. Pl.B. 5/3 47 Moritz I. 2.

[48] Pr. L.R. I. 7. 80 oben Note 47. Förster, P. P.R. § 160, 83. Entwurf III. 55 stellt den Besitzerwerb fortdauernder Rechte dem der Reallasten gleich.

[49] Dunker, Z. f. D. R. II. 59 und Reallasten 99, 145. Randa, Besitz 289. Förster, P. P.R. § 160, 87. Entwurf III. 52. Erk. 20/12 52 Bl. XVIII. 238 fordert jedoch bei jährlichen Reichnissen zweijährigen Bezug.

III. Gemeinrechtlich kommt es auf die Beschaffenheit des Besitzerwerbs nicht an [50]; fehlerhafte Besitzergreifung gewährt dem vorhergehenden Besitzer nur eine Klage oder Einrede gegen denjenigen, der den Besitz fehlerhaft erworben hat [51]. Hievon weicht das Preußische Recht insoferne ab, als nach den Bestimmungen desselben durch fehlerhafte Besitzergreifung eines Dritten der Besitz nicht verloren geht [52] insoferne der bisherige Besitzer die Gewahrsam wieder erlangen kann [53]. Dagegen erstreckt sich dieß nicht auf den Fall, wo die aus dem Ge-

---

[50] Randa, Besitz 224, 28. Windscheid § 156, 3. vgl. unten § 133, 12 und 15. Damit stimmt Entwurf III. 24 und 25 überein.

[51] vgl. unten § 134. 40.

[52] Pr. L.R. I. 7. 96. 97. 98. „Durch Handlungen unerlaubter Privatgewalt kann der Besitz einer Sache niemals erlangt werden. Ebensowenig können durch Gewalt erzwungene oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechtes bewirken. Auch durch heimlich unternommene Handlungen kann der Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben noch fortgesetzt werden." In der Auslegung dieser Vorschriften sind die preußischen Juristen noch nicht zur Uebereinstimmung gekommen. Während der eine Theil der fehlerhaften Besitzergreifung jeden Schutz auch gegen den Dritten versagt, Simon und Strampff, Zeitschrift III. 618, gewährt ein anderer Theil wie gemeinrechtlich die Einrede der fehlerhaften Besitzergreifung nur demjenigen, dem der Besitz auf fehlerhafte Weise entzogen ist, nicht jedem Dritten, Förster, P. P.R. § 160, 142, Heydemann I. 364, Dernburg § 158, 7. Für die letztere Ansicht hat sich die Praxis entschieden. O.Tr. 2/12 53 Striethorst XI. 89.

[53] P. L.R. I. 7. 111. 112. 113. 116. „Die Gewahrsam einer Sache geht verloren sobald das physische Vermögen des Inhabers durch sich oder durch andere darüber zu verfügen aufhört. Aus dem Verlust der Gewahrsam folgt noch nicht der Verlust des Besitzes. Vielmehr wird der Besitz solange für fortgesetzt erachtet, als die geschehene Aufhebung desselben nicht deutlich erhellt... dagegen hört der Besitz auf, wenn es durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird, die verlorene Gewahrsam wieder zu erlangen." Auch hier ist die Auslegung bestritten. Während von den einen die Fortdauer des Besitzes angenommen wird bis die Wiedererlangung der Gewahrsam durch den Besitzer unmöglich geworden ist, was den Besitzerwerb dessen der fehlerhaft Besitz ergriffen hat, z. E. auch des unbekannten Diebes so gut wie ganz ausschließt, Bornemann I. § 89, Randa, Besitz 224, 28, nehmen die andern an, daß nicht nur Veränderungen in der Substanz der Sache, sondern auch in ihrer Lage Besitzverlust bewirken können, und dieser demnach eintrete, wenn die Gewahrsam wegen Verborgenheit oder Entfernung des Inhabers nicht wieder zu erlangen ist. Koch, Besitz 203. Förster, P. P.R. § 161, 19.

wahrsam des Besitzers gekommene Sache von einem Dritten fehlerfrei erworben wird [54].

§ 133.

V. Verlust des Besitzes.

Der Besitz dauert solange fort, bis eine Thatsache eintritt, welche eines der beiden Momente, auf deren Zusammentreffen er beruht, in das Gegentheil verwandelt, bis demnach der Besitzer nicht mehr besitzen will oder kann [1]. Der Wille muß bestimmt auf Aufgeben des Besitzes gerichtet sein; bloße Nichtausübung, die mit einem entsprechenden Nichtwollen nicht zusammentrifft, entzieht den Besitz nicht [2]. Einer

---

[54] P. L.R. I. 7. 122. Wenn ein anderer den Besitz einer aus der Gewahrsam des vorigen Besitzers gekommenen Sache auf eine fehlerfreie Weise ergriffen hat, so hört der vorige Besitz auf. In der Preußischen Praxis ist es daher als zweifellos anerkannt, daß die fehlerhafte Ergreifung den Besitzerwerb nur für die Person des ergreifenden nicht seines fehlerfreien Nachfolgers hindert. Heydemann I. 364. Förster, P. P.R. § 160, 142 und 162, 86.

[1] l. 8. D. 41. 2. Quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest ita nulla amittitur nisi in qua utrumque in contrarium actum est. Bayr. L.R. II. 5. 9. Nr. 3: Bey Lebzeiten des Inhabers geht die Possession entweder nur animo oder corpore allein oder auf beide Weis zugleich verloren, und zwar solo animo z. E. in dem Fall obgedachten constituti possessorii auf Seite des Constituenten, solo corpore wenn man wider Sinn und Willen z. E. durch gewaltsame Abnahme oder Vertreibung gänzlichen Verlust oder Untergang der Sach entsetzt oder beraubt wird: corpore et animo zugleich wenn man sich der Posseß selbst gutwillig z. E. durch wirkliche Uebergab, Dereliction oder obverstandene Acquiescenz auf gegentheiliges Verbot und dergleichen begibt. Pr. L.R. I. 7. 116. 117: Dagegen hört der Besitz auf, wenn es durch ein auf die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird die verlorene Gewahrsam wieder zu erlangen. Deßgleichen alsdann wenn der Besitzer bei Aufhebung der Gewahrsam durch Worte oder Handlungen deutlich erklärt hat, daß er die Sache verlassen wolle. Entwurf III. 22. 23: Wer den Besitz erworben hat, bleibt Besitzer solange nicht eine Thatsache eintritt, welche den Verlust des Besitzes herbeiführt. Der Besitzer verliert den Besitz der Sache, wenn er seine Veräußerungsfähigkeit vorausgesetzt den Willen zu besitzen aufgibt, oder wenn er die thatsächliche Gewalt über die Sache verliert.

[2] Randa, Besitz 217. 346, 4. Förster, P. P.R. § 161, 57. Hauser, Stellvertretung 33, 3. Bayr. L.R. II. 5. 9. Nr. 5: Gehet durch die bloße Abwesenheit oder Entfernung des Inhabers die Posseß nicht verloren, solang noch Animus retinendi vorhanden ist, und sich niemand anderer darein setzt, dann

solchen Willensbestimmung sind diejenigen nicht fähig, welche unter Vormundschaft oder Curatel gestellt sind, und es tritt daher bei ihnen der Besitzverlust nur mit der Unmöglichkeit der Ausübung ein [3].

Der Besitzaufgebungswille kann auf Dereliction oder Uebertragung auf ein anderes Rechtssubjekt gerichtet sein. Die Absicht der Dereliction kann sich auch aus concludenten Handlungen ergeben, indem derjenige, welcher den Besitz dauernd vernachläßigt, so behandelt wird, als habe er den Besitzwillen aufgegeben [4]. Ist der Wille auf Uebertragung an ein anderes Rechtssubjekt gerichtet, so tritt Besitzverlust nur mit der Besitzerwerbung von Seite des anderen ein [5]. Die thatsächliche Herrschaft über die Sache wird verloren, wenn dem Besitzer jede Einwirkung auf die Sache unmöglich wird [6]. Dieß tritt überhaupt ein mit dem Tod des Besitzers, da der Besitz nicht vererbt [7], und nach

---

obwohl zur Erlangung des Inhabens animus allein ohne actu corporali nicht erklecklich ist, so reicht er doch zu Erhaltung desselben allerdings hin. Pr. L.R. I. 7. 130 ... wird der einmal erlangte Besitz eines Rechtes durch die unterlassene fernere Ausübung desselben in der Regel noch nicht verloren.

[3] Randa, Besitz 217. Förster, P. P.R. § 161, 34.

[4] l. 37. § 1. D. 41. 3. Fundi quoque alieni potest aliquis sine vi nancisci possessionem, quae vel ex negligentia domini vacet vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore abfuerit. Savigny, Besitz 360. Randa, Besitz 219, 15. Bruns in Becker Jahrb. IV. 146. Hauser, Stellvertretung 33, 9. Dernburg, P. P.R. § 155, 8. Förster, P. P.R. § 162, 42. A. M. Windscheid § 156, 5 und die bei Randa, Besitz 219, 15 aufgeführten.

[5] Die römischen Juristen waren hier verschiedener Meinung, indem Ulpian l. 34. pr. D. 41. 2 und Papinian l. 18. pr. D. 43. 16 die im Text ausgeführte Meinung gegen Celsus l. 18. § 1. D. 41. 2 vertraten. Der ersteren Meinung schließen sich an Windscheid § 156, 5, Arndts § 142, 2, der letzteren Brinz, Pandekten 71, Randa, Besitz 215. Nach Preußischem Recht entscheiden sich für die erstere Meinung Gruchot V. 330 f. Förster, P. P.R. § 161, 50 und theilweise Dernburg, P. P.R. § 155, 10.

[6] Windscheid § 156, 3. Randa, Besitz S. 221, 21. Bayr. L.R. II. 5. 9. Nr. 3: solo corpore, wenn man wider Sinn und Willen z. E. durch gewaltsame Abnahme oder Vertreibung gänzlichen Verlust oder Untergang der Sache entsetzt oder beraubt wird. Pr. L.R. I. 7. 116. „Dagegen hört der Besitz auf, wenn es durch ein die Sache selbst und deren Substanz betreffendes Ereigniß dem Besitzer unmöglich wird die verlorene Gewahrsam wieder zu erlangen." Das Preußische Landrecht I. 7. 111 und 112 unterscheidet Verlust des Gewahrsam und des Besitzes, vgl. oben § 132, 53.

[7] l. 23. pr. D. 41. 2. Cum heredes instituti sumus adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt, possessio tamen nisi naturaliter

Preußischem Landrecht bei Besitzerwerbung auf Zeit oder unter einer auflösenden Bedingung mit Zeitablauf oder Eintritt der Bedingung [8]; ferner bei unbeweglichen Sachen, wenn der Besitzer durch ein äußeres Ereigniß [9] oder durch Gewalt [10] des Besitzes entsetzt wird, insoferne er nicht sich unmittelbar wieder in den Besitz setzt [11], und wenn ein Dritter das Grundstück occupirt, und der Besitzer bei der Invasion, von der er Kenntniß hat, sich beruhigt [12], bei Mobilien durch Unter-

---

comprehensa ad nos non pertinet. Holzschuher II. 37. Seuffert, Pandekten § 111, 1. Bayr. L.R. II. 5. 9. Nr. 1. „Die Possession gehet verloren durch den Tod des Inhabers dann sie ist facti und gehet nicht auf die Erben ehe und bevor selbe nicht auf obgedachte Weise von ihnen ergriffen wird.“ Das gleiche gilt nach Preußischem Recht Pl.B. 7/11 49 Entsch. XVIII. 8.

[8] Pr. L.R. I. 7. 131—133. Förster, P. P.R. § 161, 55. Dernburg, P. P.R. § 155, 12. A. M. Koch, Besitz 212 und Commentar zu L.R. I. 7. § 131, der darin nur Uebergang in fehlerhaften Besitz sehen will.

[9] l. 3. § 17. D. 41. 2. Labeo et Nerva filius responderunt, desinere me possidere eum locum quem flumen aut mare occupaverit. Dieß gilt nach unserem Recht nur für öffentliche Flüsse, vgl. oben § 118.

[10] l. 1. § 24. D. 43. 16. Idcircoque si quis de agro suo vel de domo processisset, nemine suorum relicto, mox revertens prohibitus sit ingredi vel ipsum praedium, vel si quis eum in medio itinere detinuerit et ipse possederit, vi dejectus videatur; ademisti enim ei possessionem quam animo retinebat etsi non corpore. Vgl. l. 1. § 45. 47. D. 43. 16. l. 4. § 22. l. 33. § 2. D. 41. 3. Windscheid § 156, 3. Randa, Besitz 225, 32. Bayr. L.R. II. 5. 9. Nr. 3 oben Note 6. Entwurf III. 24. „Dem Besitzer einer Liegenschaft ist die thatsächliche Gewalt über dieselbe insbesondere dann entzogen, wenn er durch Gewalt oder Drohung von der Liegenschaft vertrieben wird.“ Nach preußischem Recht geht durch gewaltsame Entsetzung nicht der Besitz sondern nur die Gewahrsam verloren, vgl. oben § 132, 53 und unten § 134, 77.

[11] l. 17. D. 43. 16. Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est. Ideoque si te vi dejecero illico tu me deinde ego te unde vi interdictum tibi utile erit. Entwurf III. 26. „Verschafft sich der Besitzer den ohne seinen Willen verlorenen Besitz wieder, so wird derselbe als nicht verloren erachtet.“ Randa, Besitz 225, 33. Windscheid § 156, 4.

[12] l. 46. D. 41. 2. Quamvis saltus proposito possidendi fuerit alius ingressus tamdiu priorem possidere dictum est, quamdiu possessionem ab alio occupatam ignoraret. Ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio, quae solo animo tenetur. Ueber die daran sich knüpfenden Streitfragen s. Windscheid § 156, 4, Randa, Besitz S. 226, 34, Hauser, Stellvertretung 35—45. Entwurf III. 24. „Besitzhandlungen, welche ein anderer während der Abwesenheit des

gang namentlich Specification [13], durch Verlust d. h. Unkenntniß des Ortes, wo sich die Sache befindet [14], und durch Zueignung von Seite eines anderen [15]; bei wilden Thieren dadurch, daß sie die Freiheit wieder erlangen [16], bei gezähmten dadurch, daß sie die Gewohnheit der

---

Besitzers oder heimlich an einer Liegenschaft vornimmt, heben den Besitz nicht auf, wenn der Besitzer nach erlangter Kenntniß davon die Gewalt über die Sache sofort sich wieder verschafft hat." Die gleiche Bestimmung hat Sächs. B.Gb. § 214.

[13] l. 30. § 4. D. 41. 2. Item quod mobile est, multis modis desinimus possidere.... si quod possidebam in aliam speciem translatum est veluti vestimentum ex lana factum. Randa, Besitz 221, 22, Förster, P. P.R. § 161, 51.

[14] l. 25. D. 41. 2. Si id quod possidemus ita perdiderimus, ut ignoremus ubi sit, desinimus possidere. Dieß gilt namentlich von Hausthieren l. 3. § 13. D. 41. 2. Nam pecus simulatque aberraverit ... ut non inveniatur protinus desinere a nobis possideri. Randa 223, 26. Durch vorübergehendes Nichterinnern wird der Besitz nicht verloren l. 44. D. 41. 2 nec infirmitatem memoriae damnum adferre possessionis, quam alius non invasit. Sachen, zu deren Sicherung der Besitzer eine besondere Veranstaltung getroffen hat, bleiben in seinem Besitz, solange die Wiedererlangung nicht unmöglich ist. l. 3. § 13. D. 41. 2. Nerva filius res mobiles excepto homine quatenus sub custodia nostra sint hactenus possideri, i. e quatenus si velimus naturalem possessionem nancisci possimus. Vgl. Randa, Besitz 221, Windscheid § 156, 3. Entwurf III. 25: Sachen, welche der Besitzer an einem ihm zugänglichen wenn auch fremden Ort in der Absicht sie wieder an sich zu nehmen zurückgelassen hinterlegt oder verborgen hat, bleiben in seinem Gewahrsam, solange ihm die beliebige Wiederergreifung möglich ist.

[15] l. 15. D. 41. 2. Rem quae nobis subrepta est, perinde intelligimur desinere possidere atque eam quae vi nobis erepta est. Randa 224, 28. Damit stimmt überein Entwurf III. 25: Der Besitzer einer beweglichen Sache verliert die thatsächliche Gewalt insbesondere wenn sich ein anderer die Sache eigenmächtig zueignet. Ueber die Abweichung des Preußischen Rechts vgl. oben § 132, 52.

[16] l. 3. § 2. D. 41. 1. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur; cum vero evaserit custodiam nostram, et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit. Randa 222, 27. Entwurf III. 27: Der Besitz wilder Thiere wird insbesondere verloren wenn sie ihre natürliche Freiheit wieder erlangt, jener von gezähmten Thieren wenn sie die Gewohnheit der Rückkehr zu dem Besitzer verloren haben. Ein weggeflogener Bienenschwarm gilt erst dann als aus dem Gewahrsam des Besitzers gekommen, wenn er denselben nicht binnen drei Tagen wieder in seine Gewalt bringt. Dem Besitzer ist zu diesem Ende gestattet, binnen der bestimmten Frist fremde Grundstücke unter Benachrichtigung des Grundeigenthümers zu betreten, er ist jedoch für den etwa zugefügten Schaden verantwortlich.

Rückkehr verlieren [17]. Der Verlust des Rechtsbesitzes tritt ein, wenn die Ausübung des Rechtes unmöglich geworden ist [18]. Dieß kann darauf beruhen, daß die Ausübung überhaupt unmöglich wird [19], oder daß derjenige, welchem gegenüber das Recht ausgeübt werden soll, sich der Ausübung des Rechtes mit Erfolg widersetzt [20]. Dieß tritt namentlich ein durch Beseitigung der Anlagen, welche als Voraussetzung der Ausübung erscheinen [21], bei negativen Servituten durch Vornahme der Handlung, auf deren Unterlassung die Servitut gerichtet ist [22], bei Rechten, die in unterbrochenen Benützungshandlungen bestehen, durch dauernde und erfolgreiche Verhinderung der Handlung [23], bei Rechten

---

[17] l. 5. §. 5. D. 41. 1. Randa, Besitz 223, 27ᵃ. Entwurf III. 27. oben Note 16.

[18] Randa, Besitz 357. Windscheid § 163, 11.

[19] Dieß tritt ein durch Untergang der Sache, mit der das Recht activ oder passiv verbunden ist, Randa, Besitz 358, 5, oder durch Veränderungen, welche die Ausübung dauernd unmöglich machen. Randa, Besitz 358, 6, Förster, P. P.R. § 161, 59. Der Besitz von Servituten, die mit Detention einer Sache verbunden sind, geht mit dieser verloren, Randa, Besitz 359, 10 und 17ᵃ, der von Grunddienstbarkeiten mit dem Besitz der herrschenden Sache Randa, Besitz 360, 11, Windscheid § 163, 11. Dieß bestimmt auch Entwurf III. 49. „Die Möglichkeit beliebiger Ausübung der Dienstbarkeit wird dem Besitzer derselben insbesondere dann entzogen, wenn er bei persönlichen Dienstbarkeiten gegen seinen Willen die Innehabung der dienenden Sache bei Grunddienstbarkeiten den Besitz der herrschenden Sache verliert.

[20] Das Pr. L.R. I. 7. 126—128 unterscheidet: Der Besitz des Rechtes von einem andern etwas zu fordern (eines affirmativen Rechtes) geht verloren, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert und der andere sich dabei beruhigt. Der Besitz des Rechtes etwas zu thun (eines negativen Rechtes) hört auf, wenn der andere den Besitz des entgegengesetzten Untersagungsrechtes erworben hat. Der Besitz eines Untersagungsrechtes geht verloren, wenn der andere sich in den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechtes (des Rechtes etwas zu thun) gesetzt hat. Vgl. darüber Förster, P. P.R. § 161. 64.

[21] l. 8. § 3. D. 8. 5. Randa, Besitz 363, 19. Entwurf III. 49 .. wenn die zur Ausübung der Dienstbarkeit erforderlichen Vorrichtungen und Anstalten beseitigt werden.

[22] Randa, Besitz 366, 23. Seuffert, Pandekten § 173, 3. Förster, P. P.R. § 161, 63. Entwurf III. 49 ... wenn der Besitzer der dienenden Sache dem in der Dienstbarkeit enthaltenen Verbietungsrecht zuwiderhandelt.

[23] Randa, Besitz 364, 20. Seuffert, Pandekten § 173, 10. Förster, P. P.R. § 161, 62.

auf eine Leistung durch erfolgreiche Verweigerung der Leistung [24]. Durch Nichtausübung geht der Rechtsbesitz ebenso wie der Sachenbesitz verloren [25]. Der durch Repräsentanten geübte Besitz wird verloren, wenn der Besitzer den Besitzwillen aufgiebt [26], nicht aber, wenn nur der Vertreter den Willen ändert [27] oder nicht mehr haben kann [28].

---

[24] Es ist bestritten wann hier der Besitzverlust anzunehmen sei, vgl. Dunker, Z. f. D. R. II. 78 f., Heimbach, R.L. II. 80, Randa, Besitz 372. Völlig unzuläßig ist die Annahme, daß durch das bloße Unterbleiben der Leistung der Verlust eintrete; s. Dunker, Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 79, Mittermair, P.R. § 174, 21, Randa, Besitz 327, 38. Dagegen soll nach der einen Meinung die bloße Weigerung des Verpflichteten hinreichen Dunker, Z. f. D. R. II. 79 und Reallasten 101, Friedlieb, Reallasten 321, Randa, Besitz 373, 40, Bruns, Besitz 210, Beseler, P.R. § 80, 13, Erk. Wiesbaden 26/3 52 Sf. VII. 42, Kiel 21/5 62 Sf. XVI. 115, Jena 26/2 48 Sf. XVIII. 251, Darmstadt 20/9 62 Sf. XVII. 46, während die andere Meinung außerdem noch verlangt, daß sich der Berechtigte dabei beruhigt habe Roßhirt, A. f. C.Pr. VIII. 72, Bl. I. 242, Seuffert, Comm. II. 93, 38. Die letztere Auffassung ist Pr. L.R. 1. 7. 126 oben Note 20 gesetzlich ausgesprochen. Förster, P. P.R. § 161, 61. Eigenthümlich ist die Auffassung der bayrischen Praxis, welche zwar auch annimmt, daß bloße Weigerung der Entrichtung keine Besitzentziehung bewirke, Erk. 10/1 46 Bl. XI. 330; 11/12 48 Bl. XVII. 240; 9/8 53 Bl. XX. 192; allein andererseits zur Besitzentsetzung wie bei Servitutes discontinuae den Ablauf eines neuen Leistungstermines nach erfolgter Weigerung der Leistung voraussetzt. Diese in dem Aufsatz „Zur Lehre von den possessorischen Rechtsmitteln Bl. VI. 37 und 152 aufgestellte Ansicht ist angenommen Erk. 9/8 53 Bl. XX. 192; 10/5 53 Bl. XX. 295; 17/3 62 Bl. XXVII. 377, und beruht wesentlich darauf, daß der Verlust des Besitzes erst mit dem Hinwegfallen der Möglichkeit die Besitzstörungsklage anzustellen gegeben sei. Dieser Ansicht schließt sich an Entwurf III. 54: „Der Besitz der Reallast geht verloren, wenn der Besitzer auf die Verweigerung der Fortentrichtung der Leistung nicht vor Eintritt des nächsten Leistungstermines den Anspruch auf Besitzschutz geltend gemacht hat." Nach einer dritten Meinung soll nur eine mit der Behauptung der Freiheit von der Last verbundene Weigerung genügen. Mittermair, P.R. § 174. III. und Renaud, Reallasten 74.

[25] Vgl. oben Note 4. Randa, Besitz 348 f. Dunker, Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 75. Förster, P. P.R. § 162, 58. Dernburg, P. P.R. § 162, 4. Kreittmayr, Anm. Nr. 5. zu L.R. II. 5. 9. a. M. Windscheid § 163, 11.

[26] Randa, Besitz 228. Förster, P. P.R. § 161, 67.

[27] Durch Dereliction des Stellvertreters geht der Besitz nicht verloren l. 3. § 8. D. 41. 2, l. 12. Cod. 7. 32, Savigny, Besitz 369, Randa, Besitz 228, 2, Windscheid § 157, 3, was jedoch auf den Fall nothwendiger Stellvertretung nicht auszudehnen ist, Randa, Besitz 230, 6. Entwurf III. 28. Nr. 2.

[28] Tod und Willensunfähigkeit des Vertreters sind ohne Einfluß auf das

Dagegen hört der Besitz auf, wenn der Stellvertreter ohne seinen Willen die thatsächliche Gewalt über die Sache verliert, wobei es auf die Kenntniß des Besitzers von dem Verlustakt nicht ankommt [29], und wenn der Vertreter den Entschluß bethätigt die Sache für sich oder für einen Dritten zu besitzen [30]. Gemeinrechtlich ist bestritten, welche Wirkung die bösliche Dereliction des Stellvertreters damit ein anderer Besitz ergreife oder die bösliche Besitzübertragung an einen Dritten

---

Besitzverhältniß des Vertretenen l. 3. § 8. l. 25. § 1. D. 41. 2; ebensowenig wird dieß durch Aufhören der Stellvertretung berührt, l. 60. § 1. D. 19. 2, Randa, Besitz 229, 3, Förster, P. P.R. § 161, 67. Entwurf III. 30: Durch den Tod des Stellvertreters, durch die eintretende Willensunfähigkeit desselben, durch seinen bloßen Entschluß die Sache fortan für sich zu besitzen, sowie durch den bloßen Entschluß des freiwilligen Stellvertreters den Besitz der Sache aufzugeben oder für einen dritten fortzusetzen, geht dem Vertretenen der Besitz nicht verloren, ebensowenig dadurch, daß der Stellvertreter die Liegenschaft verläßt.

[29] l. 1. § 22. D. 43. 16. Quod servus vel procurator vel colonus tenent dominus videtur possidere et ideo his dejectis ipse dejici de possessione videtur etiam si ignoret eos dejectos esse per quos possidebat. Randa, Besitz 229, 4. Hauser, Stellvertretung S. 45, 34. Windscheid § 157, 1. Förster, P. P.R. § 161, 73. Entwurf III. 28: Der durch Stellvertreter ausgeübte Besitz wird verloren, wenn der Stellvertreter ohne seinen Willen die thatsächliche Gewalt über die Sache verliert.

[30] Gemeinrechtlich wird bei Immobilien Kenntniß des Vertretenen vorausgesetzt Randa, Besitz 232, 10, Windscheid § 157. 4, nicht aber bei Mobilien, l. 47. D. 41. 2, Randa, Besitz 232, 10, Von den meisten wird in dem letzteren Fall die Nothwendigkeit körperlicher Ergreifung behauptet, Savigny, Besitz 364, Förster, P. P.R. § 161, 71. s. dagegen Randa, Besitz 232, 10, Windscheid § 157, 4, welche mit Recht jede Willensäußerung für genügend halten. Nach Preußischem Recht geht der Besitz durch Willensänderung des Vertreters nicht verloren P. L.R. I. 7. 69: „Wer eine Sache ursprünglich nur für einen andern inne hatte, kann durch seinen bloßen Willen die Sache nunmehr für sich zu haben den Besitz derselben nicht erlangen" und 125: „Wer eine Sache für einen andern inne hat, oder unvollständig besitzt, kann diesen seines Besitzes nur durch solche Handlungen entsetzen, welche die Eigenschaften einer neuen Besitzergreifung an sich haben." Vgl. Förster § 161, 69 und Randa, Besitz 234, 12. Entwurf III. 29 faßt dieses Verhältniß in folgender Weise: geht der durch Stellvertreter ausgeübte Besitz verloren bei beweglichen Sachen wenn der Stellvertreter die Sache einem andern überläßt, der sie als Eigenthümer benützen will, oder wenn er sich der thatsächlichen Gewalt über die Sache freiwillig entäußert, oder wenn er in der Absicht der Aneignung dem Besitzer die Sache abläugnet, die Herausgabe verweigert oder über dieselbe wie ein Eigenthümer verfügt; bei Liegenschaften, wenn der Stellvertreter den bisherigen Besitzer an der Zurücknahme der Liegenschaft thätlich verhindert.

habe [31]. Dagegen geht nach Preußischem Recht der Besitz nur verloren, wenn die Besitzerwerbung des Dritten fehlerfrei ist [32].

§ 134.

VI. Schutz des Besitzes.

Als die wesentlichste Wirkung des Besitzes ist der demselben gegen Störung oder Entziehung gewährte Schutz zu bezeichnen [1]. Nach römischem Recht sind als Schutzmittel die Interdicta retinendae und recuperandae possessionis gegeben. Die ersteren waren ursprünglich verschieden jenachdem sie sich auf unbewegliche (Interdictum uti possidetis) [2] oder bewegliche Sachen (Interdictum utrubi) [3] bezogen; im späteren justinianeischen Recht sind beide gleichgestellt [4]. Neben diesen beiden Interdikten, die unter der Bezeichnung Possessorium

---

[31] l. 12. Cod. 7. 32 definimus ut sive servus sive procurator ... possessionem cujuscumque rei dereliquerit vel prodiderit desidia forte vel dolo ut locus aperiatur alii eandem possessionem detinere nihil penitus domino praejudicium generetur. Von den einen wird dieß dahin ausgelegt, daß der Besitzverlust Kenntniß des Vertretenen und seine Beruhigung dabei voraussetze und zwar allgemein Savigny 374, Randa, Besitz 230, Förster, P. P.R. § 161, 78; nur bei Immobilien Kierulff 398, Windscheid § 157, 3, Arndts § 143. Anm.; andere lassen nur bei Tradition nicht bei Dereliction Besitzverlust eintreten, Seuffert, Pandekten § 112. Eine dritte Meinung endlich nimmt in beiden Fällen sofortigen Besitzverlust an, ohne daß dabei Kenntniß des Vertretenen erforderlich wäre. Vangerow § 209. Anm. Witte, Z. f. C.R. *XVIII. 269. Baron, Jahrb. f. Dogm. VII. 165 u. a.

[32] Förster, P. P.R. 161, 75 f. Koch, Besitz 217. Randa, Besitz 230, 7.

[1] Neben den Schutzmitteln des römischen Rechts wird von manchen noch die Pfändung gegen Besitzstörungen für gemeinrechtlich anwendbar gehalten. Wilda, Pfändungsrecht Z. f. D. R. I. 262. Mittermair, Pr.R. § 152, 12. Eichhorn, Pr.R. § 123. Gerber, Pr.R. § 71. 1. Es beruht dieß nicht wie das Pfändungsrecht bei Beschädigung auf einheimischer Rechtsbildung, sondern es ist in einzelnen Landesrechten namentlich den sächsischen Constitutionen nach Reception des römischen Rechts eingeführt, Beseler, Pr.R. § 55, 31. In den bayrischen Statuten, namentlich dem bayrischen Landrecht, findet sich dieses Schutzmittel nicht vgl. unten § 148, und es kann auf Grund der früher behaupteten gemeinrechtlichen Gültigkeit nicht Anwendung finden. Dagegen ist es im Gebiet des Preußischen Landrechts gesetzlich anerkannt vgl. Pr. L.R. I. 14. 451—457. Förster, P. P.R. § 49.

[2] Savigny, Besitz 406 f. Heimbach, R.L. V. 627.

[3] Savigny, Besitz 411 f. Heimbach, R.L. V. 633.

[4] Windscheid § 159, 2. Heimbach, R.L. VIII. 223, 17.

ordinarium [5] zusammengefaßt die Entscheidung über den Besitzstand während des Petitoriums zu bringen den Zweck hatten, war durch die Praxis das s. g. Possessorium summarium oder summariissimum ausgebildet, durch welches der Streit über den provisorischen Besitzstand während des Possessorium ordinarium entschieden werden sollte [6]. Als Interdicta recuperandae possessionis finden sich im römischen Recht das Interdictum de vi [7] das Interdictum de pecario [8] und das Interdictum de clandestina possessione [9], welche das canonische Recht zur Spolienklage erweiterte [10]. In Bayern waren die Schutzmittel gegen Entziehung des Besitzes durch die Bestimmungen der Gerichtsordnung III. 4 und 5 allgemein geregelt [11]. Hiernach wurde das Possessorium plenarium oder ordinarium und summariissimum unterschieden. Die Voraussetzungen des ersteren waren im ganzen die gemeinrechtlichen des Interdictum uti possidetis, nur mit der Ausnahme, daß dieses Rechtsmittel bei Servituten nicht Anwendung fand [12]. Das Possessorium summariissimum oder momentaneum wurde dann eingeleitet, wenn der Besitz von beiden Seiten

---

[5] Dieses Ordinarium ist das in einigen Punkten modificirte Interdictum uti possidetis Heimbach, R.L. VIII. 224, Windscheid § 162, 5, Bruns, der ältere Besitz und das Ordinarium in Becker, Jahrb. IV. 86 f. In Bayern namentlich ist die Identität des possessorium ordinarium und des Interdictum uti possidetis anerkannt Erk. 23/5 45 und 30/10 48 Bl. XX. 43, Seuffert, Comment. II. 78, 1 a.

[6] Bruns, Besitz 266 f. 398. Heimbach, R.L. VIII. 226.

[7] Savigny, Besitz 421 f. Bruns, Besitz 62. Heimbach, R.L. V. 581. Windscheid § 160, 4 f.

[8] Savigny, Besitz 458 f. Heimbach, R.L. V. 566. Windscheid § 160, 16 f.

[9] Savigny, Besitz 452 f. Heimbach, R.L. V. 541. Windscheid § 160, 2.

[10] Savigny, Besitz 509 f. Bruns, Besitz 219 f. Heimbach, R.L. VIII. 231 f. Windscheid § 162. Früher wurde die Spolienklage vielfältig als ein neues ganz selbstständiges Rechtsmittel angesehen; s. dagegen Savigny, Besitz 513 f., Duncker, Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 101 f., Heimbach, R.L. VIII. 231, 57.

[11] Es erstreckte sich dieß auch auf die dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts angehörigen Gebietstheile, da es keinem Zweifel unterliegen kann, daß die in der G.O. aufgestellten processualischen Grundsätze in dem ganzen Umfang des diesseitigen Bayerns Gesetzeskraft hatten.

[12] vgl. Seuffert, Comment. II. 78—92. Auf die Spolienklage erstreckt sich diese Bestimmung nicht vgl. Maier, Zulässigkeit der Spolienklage bei Grunddienstbarkeiten, Bl. XX. 33 f.

streitig war, und der Implorant nachweisen konnte, daß er Jahr und Tag in ruhigem Besitz des Streitobjekts gewesen sei [13]. Ueber die Interdicta recuperandae possessionis hatte die Gerichtsordnung keine besonderen Bestimmungen getroffen, und es kamen daher die civilrechtlichen Vorschriften zur Anwendung [14]. Durch die neue Prozeßgesetzgebung ist die Unterscheidung zwischen Possessorium ordinarium und summariissimum durch Aufhebung des letzteren beseitigt, und die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts für die Voraussetzungen der Statthaftigkeit der Besitzklagen als maaßgebend erklärt [15]. Nach dem jetzt geltenden bayrischen Recht ist daher zu unterscheiden:

I. Klage auf Schutz im Besitz. Auf Schutz im Besitz ist eine dem Interdictum uti possidetis des römischen Rechts entsprechende Klage (Possessorium ordinarium) gegeben, für welche folgende Grundsätze maaßgebend sind.

1. Nach römischem Recht war die Klage nur zum Schutz des Sachbesitzes und der persönlichen Servituten [16] gegeben, da Prädialservituten nur insoweit geschützt wurden als eigne Rechtsmittel für sie begründet waren [17], durch welche die gewöhnlichen Interdikte ausgeschlossen wurden, während diejenigen, für welche solche Interdikte nicht begründet waren, keinen Schutz genossen [18]. Die auch in der Preußischen Gesetzgebung [19] anerkannte Ausdehnung des Schutzes auf alle Fälle des Rechtsbesitzes, welche durch die Praxis erfolgte [20], war in unserer Gesetzgebung in diesem Umfang nicht angenommen, indem diese die Anwendbarkeit des Possessorium ordinarium bei Grunddienstbarkeiten [21] ausdrücklich beschränkte [22], was indessen durch die neue

[13] Vgl. Seuffert, Commentar II. 98—111.

[14] Seuffert, Comment. II. 92 f. G.O. III. 4. Nr. 10 ist jedoch die Spolienklage als allgemein anwendbares Rechtsmittel vorausgesetzt.

[15] Pr.O. Art. 584—589.

[16] Savigny, Besitz 396 f. und 477. Seuffert, Pandekten § 412 und 416.

[17] Savigny, Besitz 481. Windscheid § 164, 18. Seuffert, Pandekten § 418.

[18] Savigny, Besitz 497. Windscheid § 164, 15.

[19] Koch, Besitz S. 271. Förster, P. P.R. § 162, 67.

[20] Bruns, Besitz 384. Windscheid § 164, 16.

[21] Es galt dieß nur für Grunddienstbarkeiten im eigentlichen Sinn mit Ausschluß des Weiderechts, weil dieses häufig ohne herrschendes Grundstück gegeben war; auf Reallasten war die Beschränkung überhaupt nie angewendet. Seuffert, Comment. II. 82, 11 und 12.

[22] G.O. III. 4. Nr. 2. „Das Possessorium plenarium ... als welches

Prozeßgesetzgebung beseitigt [23] und die Zulässigkeit des Besitzprozesses auch für Grunddienstbarkeiten demnach für den Rechtsbesitz überhaupt anerkannt ist [24].

2. Voraussetzung der Anwendung des Rechtsmittels ist:

a. Der Kläger muß im Besitz des Objekts sein [25]. Den gegen-

---

außer den Dienstbarkeiten und anderen specialiter ausgenommenen Fällen regulariter in allen Possessionsklagen statt hat." Bayr. L.R. II. 7. 9. Nr. 5. „Soviel endlich das Possessorium betrifft, worin man lediglich auf das Inhaben der Servitut klagt, hat solches in Grunddienstbarkeiten nicht statt, ... welches sich aber auch nur von Grunddienstbarkeiten allein und in der Klag in Possessorio plenario vel ordinario versteht ... deßgleichen greifen der anderen Gerechtigkeiten halber, wegen welcher sonst etwan keine Specialausnahm vorhanden ist, remedia possessoria tam retinendae quam recuperandae possessionis auf die nemliche Art Platz wie in Cap. praec. 5. § 11 et 12 überhaupt mit mehrerem geordnet ist." Dagegen wurde das Possessorium ordinarium in Verbindung mit dem Petitorium auch bei Grunddienstbarkeiten für zuläßig erachtet. Seuffert, Comment. II. 83, 13. a. M. Stürzer, Anm. 318 und Erk. 19/5 55 Arends V. 159.

[23] Durch die Bestimmungen der Pr.O. 584 ist das Sumariissimum als besonderes Rechtsmittel in Besitzprozeß aufgehoben und damit die Ausschließung der Servituten von der Anwendung des Ordinarium, welche in G.O. III. 4. Nr. 2 allgemein ausgesprochen war, beseitigt. Speziell ausgesprochen ist dieß noch für das Rechtsgebiet des bayrischen Landrechts durch E.G. Art. 26: „Die Beschränkungen, welche das Bayr. L.R. II. 7. 9. Nr. 5. 6 bezüglich der Zulässigkeit des Besitzprozesses in Servitutstreitigkeiten aufstellt, sind aufgehoben, Die gewöhnlichen Besitzklagen und das in H.St. XXII. der neuen Prozeßordnung vorgezeichnete Verfahren finden auch in Bezug auf Grunddienstbarkeiten statt."

[24] Gemeinrechtlich wird angenommen, daß das Interdictum uti possidetis auf Servituten zwar Anwendung finde aber nur insoferne das römische Recht nicht für einzelne besondere Schutzmittel bestimme, daß also durch die Ausdehnung dieses Rechtsmittels auf den Rechtsbesitz im allgemeinen die praktische Anwendbarkeit der für einzelne Servituten gegebenen besonderen Rechtsmittel nicht aufgehoben sei. s. Windscheid § 164, 18 und die dort angeführten. Allein in Bayern findet dieß keine Anwendung, da durch die Bestimmungen der G.O. III. 4 die Rechtsmittel für Servituten überhaupt gleichheitlich geregelt waren, was sich schon daraus ergiebt, daß nach der richtigen Meinung das Ordinarium in Verbindung mit dem Petitorium auch bei Grunddienstbarkeiten Anwendung fand vgl. oben Note 22. In Bayern sind daher die Interdicta de itinere, de aqua, de fonte und de cloacis nicht anwendbar.

[25] l. 1. § 4. D. 41. 2. Interdictum ... uti possidetis redditur ne vis fiat ei qui possidet. Savigny, Besitz 407. Andere gehen von der Ansicht aus, das Rechtsmittel stehe auch dem auf fehlerhafte Weise entsetzten Nichtbesitzer zu,

wärtigen Besitzstand hat der Kläger zu erweisen [26], wobei es nicht genügt, auf irgend eine frühere Erwerbshandlung sich zu berufen, da die Fortdauer des Besitzes nicht präsumirt wird [27]. Auf Alter und Titel des Besitzes kommt es dabei nicht an, beide gewähren vielmehr nur eine Vermuthung für die Fehlerfreiheit des Besitzes [28]. Dem Erben als solchem steht das Rechtsmittel nur zu, wenn die Störung bei Lebzeiten seines Erblassers eingetreten ist [29].

b. Es muß eine Störung von Seite des Beklagten [30] vorliegen, durch welche der Besitz nicht aufgehoben ist. Die Störung kann in einer in den Besitzstand eingreifenden Handlung des Besitzers in der

---

s. unten Note 52 und Erk. Oldenburg 24/6 51 Sf. VII. 41; dagegen Windscheid § 159, 10; Erk. Celle 7/6 57 Sf. XII. 33. Besitz des Klägers setzen voraus Bayr. L.R. II. 5. 12. Nr. 3 „liegt dem Kläger ob ... die wirkliche Possession auf seiner ... Seite zu beweisen." Seuffert, Comment. II. 78 f. Pr. L.R. I. 7. 154. „Von vorstehenden Befugnissen kann nur derjenige Gebrauch machen, welcher nachzuweisen vermag, daß er sich unmittelbar vor der erfolgten Entsetzung oder Störung im ruhigen Besitz befunden habe." Unter ruhigem Besitz ist der nicht angefochtene Besitz zu verstehen, bei welchem zur Unterbrechung der Verjährung geeignete Vorkommnisse nicht vorliegen. Erk. 20/1 44 Bl. X. 80. Koch, Besitz 265. Förster, P. P.R. § 162, 26.

[26] Nach Erk. 7/12 41 Bl. VII. 107 und 15/11 44 Bl. XIII. 56 genügt zur Klagbegründung die allgemeine Angabe des Besitzstandes.

[27] Savigny, Besitz 389. Doch begründet früherer Erwerb eine Vermuthung der Fortdauer bis zur Störung wenn nicht thatsächliche Momente dieser Annahme widersprechen. Seuffert, Pandekten § 412, 5. Förster, P. P.R. § 162, 28. Dernburg, P. P.R. § 158, 9. Erk. Jena 27/5 34 Sf. XIV, 8 und 16/2 41 Sf. XV. 149. In Erk. Dresden 21/8 63 Sf. XVIII. 114 ist ausgeführt, daß in jedem einzelnen Fall der Richter zu beurtheilen habe, ob aus dem nachgewiesenen Besitz zu früherer Zeit eine Vermuthung für die Fortdauer des Besitzes bis zu dem in Rede stehenden Zeitpunkt abgeleitet werden könne.

[28] Heimbach, R.L. VIII. 226, 32. Seuffert, Comm. II. 79. Erk. 14/4 45 Bl. X. 315 ist ausgesprochen, daß die in G.O. III. 4 für das Ordinarium vorgeschriebene Berücksichtigung des Alters und Titels nur dann einzutreten habe, wenn die Fehlerhaftigkeit des Besitzes einredeweise behauptet wird.

[29] Auch in diesem Fall sprechen ihm das Rechtsmittel ab Holzschuher II. § 89. Nr. 6 und Koch, Besitz 250, und wollen nur den Eintritt in die bereits gestellte Klage zulassen; dagegen sprechen ihm das Rechtsmittel, das zu Lebzeiten des Erblassers erwachsen ist, zu Heerwart, Z. f. C.R. XII. 210, Förster, P. P.R. § 162, 53. Dagegen hat der Erbe das Rechtsmittel nicht wegen der zwischen dem Anfall und der Besitzergreifung der Erbschaft vollzogenen Störung Pl.B. Berlin 7/11 49 Sf. III. 348.

[30] Savigny, Besitz 401. Koch, Besitz 250. Förster, P. P.R. § 162, 25.

Ausübung seines Besitzes [31] bestehen, ohne daß Anmaßung des eignen Besitzes durch den Störenden oder Bestreitung des Besitzes des Klägers dabei erforderlich wäre [32]. Gemeinrechtlich wird dabei gewaltsame Verletzung vorausgesetzt [33], nach Preußischem Recht wird der Schutz auch gegen heimliche und listige Störung gewährt [34]. Auf die Form der Störung kommt es dabei nicht an [35]. Androhung einer Besitzstörung steht der wirklichen Störung gleich [36].

---

[31] Windscheid § 159, 1. Förster, P. P.R. §. 162, 43. Entwurf III. 32. „Den Besitz stört, wer denselben dem Besitzer zu entziehen versucht, gegen den Willen des Besitzers auf die Sache einwirkt oder letzteren an der Einwirkung auf die Sache hindert."

[32] Koch, Besitz 251, 5. Windscheid § 159, 11. Erk. Cassel 19/11 53 Sf. VIII. 49. Celle 7/6 57 Sf. XII. 33. Jena 3/8 66 Sf. XIX. 232. O.A.G. Berlin 20/9 69 Sf. XXIII. 136. a. M. Sintenis, C.R. § 46, 6 und 19.

[33] l. 1. § 4. D. 43. 17. Nam hujus rei causa redditus ne vis fiat ei qui possidet. Savigny, Besitz 400. Als gewaltsam erscheint jede gegen den Willen des Besitzers vorgenommene Handlung, Savigny, Besitz 400. Windscheid § 159, 4. Förster, P. P.R. § 162, 38. Nach einer anderen Meinung soll schon bloße Bestreitung des Besitzes ohne materielle Störung als genügend erscheinen Puchta, Institutionen II. § 225 d, Arndts § 172. Für diese Ansicht sprechen sich aus: Erk. Oldenburg 23/12 51 Sf. VII. 41, Lübeck 20/1 42 Sf. IX. 33, München 3/6 63 Sf. XVII. 45, Darmstadt 12/7 61 Sf. XXI. 124; dagegen Celle 7/6 57 Sf. XII. 33. Immer ist jedoch unmittelbares menschliches Eingreifen erforderlich Erk. Berlin 2/6 24 Sf. II. 136; Lübeck 20/1 42 Sf. IX. 34.

[34] P. L.R. I. 7. 150. „Alle Rechte, welche demjenigen beigelegt sind, der seines Besitzes durch Gewalt heimlich oder mit List entsetzt worden, kommen auch dem zu, welcher in seinem Besitz solchergestalt zur Ungebühr gestört wird." vgl. Förster, P. P.R. § 162, 36 f.

[35] Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 5. 12. „Turbiren heißt soviel als jemand in freier und ruhiger Ausübung seiner Possession hindern, stören, beunruhigen oder beeinträchtigen ... welches sowohl mit Worten als Werken geschehen kann .. und zwar jenes sowohl prohibendo ... oder diffamando aut jus sibi in re alterius asserendo ... doch pflegt man in praxi auf bloße Worte nicht viel zu geben, auch derwegen nicht leicht ex lege diffamari zu agiren." Es ist bestritten ob die Besitzstörung auch mündlich geschehen könne Bruns, Besitz 404, 3. Für die Bejahung spricht sich aus Erk. 30/10 48 Bl. XIV. 160; 3/6 63 Bl. XXVIII. 313. Nach der in unserer Praxis üblichen Auffassung ist die Verweigerung einer schuldigen Leistung Besitzstörung vgl. oben § 133, 24.

[36] Gemeinrechtlich ist dieß bestritten Witte das Interdictum uti possidetis 139—141. Für die Bejahung Erk. 29/12 59 Bl. XXVI. 223; Erk. Celle 7/6

3. Im Besitzprozeß sind nur solche Einreden zuläßig, welche sich auf den Besitz und die Störung desselben beziehen [37]. Als solche sind namentlich hervorzuheben:

a. Die Einrede der fehlenden Legitimation. Ob bei Besitzstörungen, welche im Auftrag eines andern vorgenommen wurden, dem Beklagten die nominatio auctoris zustehe, ist gemeinrechtlich bestritten [38], während die Preußische Praxis diese Einrede allgemein zuläßt [39].

b. Die Einrede des fehlerhaften Besitzerwerbs, indem der Beklagte der Klage die Einrede, daß der Kläger von ihm den Besitz gewaltsam heimlich oder bittweise erworben habe, mit Erfolg entgegenstellen kann [40].

c. Die Einrede der Verjährung. Gemeinrechtlich verjährt die Klage auf Schadensersatz innerhalb eines Jahres von der Störung an [41], und der Beklagte kann daher die Einrede der Verjährung vorbringen [42], was sich jedoch weder auf den Fall fortdauernder Störung [43] noch auf den Anspruch aus der Bereicherung des Beklagten [44] be-

---

57 Sf. XII. 33. Auch die preußische Praxis nimmt dieß an Koch, Besitz 267, 49, Förster, P. P.R. § 162, 45.

[37] Pr.O. Art. 586. „Gegen die Besitzklage sind Einreden oder eine Widerklage, welche auf das Recht selbst gerichtet sind, nicht zuläßig."

[38] Dieß wird verneint Erk. Celle 4/9 40 Sf. XII. 85, Jena 8/1 35 Sf. XIV. 249, und bezüglich der in dienstlichem Auftrag vollzogenen Störungen Erk. Jena 8/1 35 Sf. XIV. 236 und 2/5 62 Sf. XVI. 222; dagegen allgemein bejaht Erk. Jena 25/5 52 Sf. XVII. 155 und bezüglich der in dienstlichem Auftrag vollzogenen Besitzstörungen Erk. Stuttgart 31/5 51 Sf. IV. 228 und Rostock 23/3 54 Sf. VII. 317.

[39] Förster, P. P.R. § 162, 62 und 93.

[40] l. 1. § 5 und 9. l. 2. D. 43. 17. Savigny, Besitz 410. Windscheid § 159, 6. Seuffert, Comment. II. 84, 15. Förster, P. P.R. § 162, 86. Entwurf III. 36. „Die Klage wegen Störung oder Entziehung des Besitzes wird durch die Einrede entkräftet, daß der Kläger selbst oder durch einen Beauftragten von dem Beklagten den Besitz auf fehlerhafte Weise erlangt oder daß der Kläger bei der Erwerbung seines Besitzes die fehlerhafte Besitzergreifung seines Vormannes gekannt habe."

[41] l. 1. pr. D. 43, 17. Bayr. L.R. II. 5. 12. Nr. 7.

[42] Savigny, Besitz 411. Windscheid § 159, [illegible]

[43] Windscheid § 159, 7. Seuffert, Comm. II. 85. 17 a. Erk. Stuttgart 5/4 43 Sf. XIII. 315 und 7/9 53 Sf. VII. 43.

[44] l. 4. D. 43. 1. Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo quod ad eum cum quo agitur pervenit post annum judicium dandum Sabinus respondit. Vgl. Windscheid § 159, 7. Förster, P. P.R. § 162, 97.

ziehen läßt. Das Preußische Landrecht bestimmt nichts über die Verjährung und es wurde daher früher angenommen, daß die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung Anwendung finde [45]; dagegen hat sich die neuere Theorie [46] und Praxis dahin festgestellt, daß nach Preußischem Recht die Besitzstörungsklage überhaupt einer Verjährung nicht unterliege, da diese Klage nur wegen solcher Besitzstörungen zuläßig sei, welche innerhalb einer der Bezeichnung „neuerlich" entsprechenden in jedem einzelnen Fall nach den Umständen zu bestimmenden Zeitfrist von Anstellung der Klage zurückgerechnet vorgefallen sind [47].

4. Der Anspruch geht:

a. auf Beseitigung der Störung durch richterliches Verbot [48] und nach Umständen Sicherstellung durch Leistung einer Caution (cautio de non amplius turbando [49]).

b. Gemeinrechtlich geht die Klage auf Schadensersatz wegen der vergangenen Störung [50]. Dagegen ist nach Preußischem Landrecht die

---

Nach Erk. Jena 1839 Sf. VII. 270 soll sich dieß nur auf das bei Gelegenheit des Störungsaktes erworbene beziehen; s. dagegen Erk. Darmstadt 24/4 66 Sf. XIX. 333. Auch Entwurf III. 38 bestimmt die längere Verjährung für den Anspruch aus der Bereicherung.

[45] Bornemann I 268.

[46] Koch, Besitz 270. Förster, P. P.R. § 162, 101.

[47] Plenarbeschluß des Berliner O.Tr. 29/3 1847, Heydemann I. 384, 768; vgl. ebenda I. 392, 749.

[48] l. un Cod. 8. 6. Uti possidetis fundum de quo agitur cum ab altero nec vi nec clam nec precario possidetis rector provinciae vim fieri prohibebit, ac satisdationis vel transferendae possessionis edicti perpetui forma servata de proprietate cognoscet. Savigny, Besitz 408. Auf Grund des J.R.A. § 162 wird für Uebertretung des Verbotes eine Geldstrafe angedroht. Windscheid § 159, 3. Pr. L.R. I. 7. 151. „Der Richter muß den Gestörten durch Androhung verhältnißmäßiger Strafen gegen den Störer und nöthigenfalls durch deren wirkliche Vollstreckung gegen fernere Beeinträchtigungen schützen." Ebenso Entwurf III. 32.

[49] l. un Cod. 8. 6 vgl. Witte, Interdiktum 139. Savigny, Besitz 409. Windscheid § 159, 3. Vorgeschrieben ist dieß Bayr. L.R. II. 5. 12... „daß er fürs künftige von weiterer Turbation abstehe, auch genugsame Caution derwegen leiste." Das gleiche bestimmt Entwurf III. 32. Pr. L.R. I. 7. 152 läßt die Cautionsleistung nur zu, wenn der Störer schon einem Befehl des Richters zuwider gehandelt hat, oder Nichtbefolgung zu fürchten ist. Förster, P. P.R. § 162, 78.

[50] l. 3. § 11. D. 43. 17. In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. Quanti res est sic accipimus quanti uniuscujusque interest possessionem retinere. Servii autem sententia est

Geltendmachung des Schadensersatzes im Besitzproceß nicht zuläßig, sie muß vielmehr im gewöhnlichen Verfahren geschehen [51].

5. Gemeinrechtlich ist das Interdictum uti possidetis ein judicium duplex, das heißt auch der Beklagte kann, wenn er selbst Besitzer zu sein behauptet, Besitzschutz erhalten und der Kläger kann ebenso gut verurtheilt werden wie der Beklagte [52]. Nach Preußischem Recht tritt dieß jedoch nur dann ein, wenn der letzte ruhige Besitzstand zweifelhaft ist, indem hier der Richter von Amtswegen einem der Streitstheile den Besitzstand zusprechen oder Sequestration aussprechen kann [53].

II. Klage auf Wiederherstellung des Besitzes. Die im römischen Recht begründeten Interdicta recuperandae possessionis wurden auf Grund der Bestimmungen des canonischen Rechts durch die Praxis zu einem einzigen Rechtsmittel der Spolienklage [54], vereinigt, deren Anwendung in Bayern durch die Bestimmungen des bayrischen und preußischen Landrechts in den betreffenden Rechtsgebieten, durch die Bestimmungen der Gerichtsordnung [55] in dem Gebiet des

---

existimantis tanti possessionem aestimandam quanti ipsa res est; sed hoc nequaquam opinandum est. Longe enim aliud est rei pretium aliud possessionis. Savigny, Besitz 409. Windscheid § 159, 3. Bayr. L.R. II. 5. 12 „für das Vergangene aber allen verursachten Schaden abthun.“ Entwurf III. 32... „Ersatz des zugefügten Schadens.“

[51] Pr. L.R. I. 7. 150 f. Koch, Besitz 268. Förster, P. P.R. § 162, 81. Dernburg, P. P.R. § 159.

[52] l. 37. § 1. D. 44. 7. Savigny, Besitz 403. Windscheid § 159, 8. Gegen die von Savigny, Besitz 405 aufgestellte Meinung, daß dem Beklagten auch dann der Besitz zugesprochen werde, wenn er gar nicht eignen Besitz behaupte sondern nur Fehlerhaftigkeit des klägerischen Besitzes nachweise s. Witte, das Interdiktum 63. Windscheid § 159, 10. Erk. Celle 30/11 55 Sf. XIV. 97. Noch weiter gehen Puchta, Institutionen II. § 225, Arndts § 172, 2, Vangerow § 336. I. 4, Keller, Pandekten § 156, Witte, Interdiktum 65, Rudorff zu Savigny, Besitz 697 u. a., indem sie als Wirkung der Duplicität annehmen, daß auch der fehlerhaft des Besitzes Entsetzte mit dem Interdikt klagend auftreten könne. s. dagegen Schmidt, Interdiktum 112 f., Windscheid § 159, 10, Bruns in Becker Jahrb. IV. 44. Die Bayrische Praxis stimmt mit der letzteren Auffassung überein Seuffert, Comment. II. 78—81 und oben Note 25.

[53] Pr. L.R. I. 7. 155—160. Förster, P. P.R. § 163, 107.

[54] Ueber die Spolienklage vgl. Savigny, Besitz 509 f. Bruns, Besitz 219 f. Maaßen, zur Dogmengeschichte der Spolienklage Becker, Jahrb. III. 227.

[55] G.O. III. 4. Nr. 10 ist die allgemeine Anwendbarkeit der Spolienklage vorausgesetzt. Dieß ist auch in unserer Praxis allgemein anerkannt.

gemeinen Rechtes zweifellos ist. Es gelten für diese folgende Grundsätze:

1. Nach römischem Recht erstreckte sich die Wirksamkeit des Interdictum de vi nur auf unbewegliche Sachen[56]; dagegen ist die Spolienklage nicht nur als Schutzmittel des Sachbesitzes[57] überhaupt sondern auch des Rechtsbesitzes[58] gegeben.

2. Voraussetzung a. auf Seite des Klägers. Nach römischem Recht stand das Interdikt demjenigen zu, der zur Zeit der Dejection juristischen Besitz hatte[59], während die Spolienklage auch dem bloßen Detentor[60] eingeräumt ist, was jedoch das bayrische Landrecht nicht anerkennt[61]. Die Klage steht auch dem Erben zu, insoferne die Besitzentziehung noch bei Lebzeiten des Erblassers eingetreten ist[62].

---

[56] Bruns, Besitz 67. Windscheid § 160, 4. Vangerow § 691, Anm. 2. Seuffert, Pandekten § 414, 2. a. M. Savigny, Besitz 437, der schon im justinianischen Recht Ausdehnung auf Mobilien annimmt, ebenso Keller, Pandekten § 157.

[57] Die Ausdehnung auf bewegliche Sachen wird allgemein anerkannt Windscheid § 162, Nr. 3. Heimbach, R.R. VIII. 233, 64. Holzschuher II. 73.

[58] Windscheid § 164, 16. Seuffert, Pandekten § 415, 4. Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 8. „Im übrigen ist unter beweglich und unbeweglichen, körperlich und unkörperlichen Dingen hierinfalls kein Unterschied mehr." Pr. L.R. I. 7. 147. „Eben dieses findet statt, wenn jemand die Sache oder das Recht heimlich durch List oder bittweise von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat." Förster, P. P.R. § 162, 67. Koch, Besitz 281. In der Praxis ist die Anwendbarkeit der Spolienklage zum Schutz des Rechtsbesitzes zweifellos.

[59] Savigny, Besitz 424, Bruns, Besitz 62, Windscheid § 160, 1, Seuffert, Pandekten § 414, 3; andere geben auch nach römischem Recht dem bloßen Detentor das Rechtsmittel s. die bei Arndts § 173. Anm. 2 und Heimbach R.L. VIII. 232, 61 angeführten, ebenso Erk. Oldenburg 24/6 51 Sf. VII. 41.

[60] Windscheid § 162, Nr. 2. Heimbach, R.L. VIII. 232, 61. Pr. L.R. I. 7. 146 f. ist dieß ausdrücklich ausgesprochen. Koch, Besitz 279. Förster, P. P.R. § 162, 48. Dernburg, P. P.R. § 178, 7. Auch Entwurf III. 40 nimmt dieß an.

[61] Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 5. „Muß Kläger nicht nur, daß er in possessione gewesen sondern auch die Dejection sattsam beweisen und wie nun die bloße Detention obverstandnermassen keine wahre eigentliche Possession ist, so läßt sich auch diese Klag nicht darauf fundiren." Seuffert, Comm. II. 92. Erk. 4/12 26 Du Prel II. 154. Erk. 3/1 45 Bl. XIV. 78. Auch gemeinrechtlich halten dieß Erforderniß für begründet Erk. Celle 1842 Sf. I. 225, Rostock 27/3 65 Sf. XXII. 147.

[62] l. 1. § 44. D. 43. 16. Hoc interdictum et heredi et ceteris successoribus competit. Dagegen steht dem Erben das Rechtsmittel nicht zu wegen

b. Beklagter war nach römischem Recht nur der Dejicient[63] und sein Erbe[64] sowie derjenige in dessen Namen die Dejection vorgenommen wurde[65], nicht aber der dritte Besitzer[66]. Gemeinrechtlich halten manche die Spolienklage auch gegen jeden dritten Besitzer für begründet[67], während andere sie nur gegen denjenigen gewähren der wissentlich die geraubten Sache besitzt[68], während nach Preußischem Recht gegen den Singularsuccessor des Dejicienten keine Klage gegeben ist[69].

c. Der Kläger muß entsetzt worden sein[70]. Nach römischem Recht war die Entziehung durch Ausübung von Gewalt vorausgesetzt[71];

---

der Besitzentsetzung die zwischen dem Anfall der Erbschaft und der Besitzergreifung des Erben geschehen ist. Mühlenbruch in Glück, Comm. XLIII. 81. Pl.-Beschl. des Berliner O.Tr. 7/11 49 Sf. III. 348. Förster, P. P.R. § 162, 54.

[63] Diesem steht derjenige gleich, mit dessen Willen und Auftrag die Dejection vorgenommen wurde. Savigny, Besitz 429. Heimbach, R.L. V. 582, 577. Förster, P. P.R. § 162, 62. Nach Preußischem Recht steht dem Dejicienten der Theilnehmer gleich. Förster, P. P.R. § 162, 61.

[64] Der Erbe haftet jedoch für das was er noch hat l. 1. § 48. D. 43. 16. Savigny, Besitz 430. Heimbach, R.L. V. 583. Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 2 mit Beziehung auf G.O. IV. 2. Nr. 6: „soll man dahin sehen ob der Krieg mit dem Erblasser schon befestigt gewest oder nicht, ersten Falls haften die Erben soweit als es nicht auf Leib und Leben gehet, andern Falls aber nur soweit, als ihnen von des Erblassers Verbrechen zu Gutem gegangen ist." Nach Preußischem Recht ist eine Besitzentziehungsklage gegen den Erben des Dejicienten als solchen nicht gegeben, da dieser, insoferne er die Entziehung fortsetzt, aus seiner eignen Handlung haftet. Förster, P. P.R. § 162, 64. Diesem schließt sich Entwurf III. 37 an.

[65] Savigny, Besitz 430. Windscheid § 160, 13.

[66] Windscheid § 160, 14. Heimbach, R.L. V. 583. Seuffert, Pandekten § 414, 18.

[67] Savigny, Besitz 513. Koch, Besitz 277.

[68] Heimbach, R.L. III. 799. Holzschuher II. 75. Seuffert, Pandekten § 415. Keller, Pandekten § 157, 10. Dieß ist anerkannt Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 3: „Viel weniger hat sie gegen einen Dritten statt, es seye denn daß er Wissenschaft davon gehabt, gleichwohl aber die Sach an sich gebracht hat." Entwurf III. 35 hat sich dem angeschlossen.

[69] Koch, Besitz 281. Förster, P. P.R. § 162, 61.

[70] l. 1. § 45. D. 43. 16. Savigny, Besitz 431. Koch, Besitz 274. Erk. Dresden 1850 Sf. III. 267. Celle 28/6 54 Sf. IX. 158. Nach Bayrischem Recht ist Entwehrung des Klägers erforderlich vgl. unten Note 72. Dieß beruht auf reichsgesetzlichen Bestimmungen Duncker Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 105.

[71] Savigny, Besitz 428. Heimbach, R.L. V. 582, 573 f. Windscheid § 160, 5.

nach neuerem Recht wird jedoch jede eigenmächtige und widerrechtliche Besitzergreifung durch den Beklagten für genügend erachtet [72].

3. Einreden. Auch gegen die Besitzentziehungsklage sind nur solche Einreden zuläßig, welche sich nicht auf das Recht selbst beziehen [73]. Gemeinrechtlich ist die Einrede des fehlerhaften Besitzes bei der Klage wegen Entziehung des Besitzes nicht gegeben [74], wohl aber nach Preußischem Landrecht [75]. Nach römischem Recht verjährte das Interdictum de vi in einem Jahr [76], was aber auf die Spolienklage nicht übergegangen ist, für welche vielmehr die gewöhnliche dreißigjährige Verjährung gilt [77]. Das preußische Recht hat über die Verjährung

---

[72] Heimbach, R.L. VIII. 233, 62. Dunker, Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 109, 2. Erk. Dresden 1847 Sf. II. 50. Lübeck 29/10 35 Sf. V. 23. Jena 25/3 52 Sf. XII. 241. Darmstadt 3/11 52 Sf. XIII. 32. Oldenburg 1860 Sf. XIX. 46. Dieß ist im Pr. L.R. I. 7. 146. 147 ausdrücklich anerkannt, indem hier der gewaltsamen Besitzentsetzung die heimlich oder bittweise erfolgte Besitzerwerbung gleichgestellt ist. Förster, P. P.R. § 162, 36 f. Die Bestimmung des Bayr. L.R. II. 5. 11. „Wer der Possession mit unrechtmässiger Gewalt entsetzt und spolirt wird" ... scheint indeß nicht für diese Ausdehnung zu sprechen und ein Aufsatz Bl. I. 247 führt aus, daß die Bestimmung der G.O. III. 4. Nr. 10 „hat keine petitorische Klage wider den Entwehrten von Seite des Entwehrers statt" nach Bayr. L.R. 1616. XX. 1, welche Stelle von Kreittmayr in den Anmerkungen zu G.O. III. 4. 10 ausdrücklich angezogen wird, nur von gewaltsamer Besitzentsetzung zu verstehen sei, weßhalb die bayrische Praxis die oben erwähnte Ausdehnung nicht anerkennt, vielmehr nur bei gewaltsamer Besitzentsetzung die Spolienklage für begründet hält Erk. 17/3 20 Du Prel VI. 78. 11/8 28 Du Prel VI. 81. 19/10 32 Du Prel I. 110. 9/8 53 Bl. XX. 191. Das gleiche halten nach gemeinem Recht für erforderlich Stuttgart 17/11 37 Sf. I. 224, Dresden 1849 Sf. III. 56, Celle 28/6 54 Sf. IX. 158.

[73] Pr.O. Art. 586.

[74] § 6. J. 4. 15. Nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is qui dejecit cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo qui vi dejecit vi vel clam vel precario possideat. Savigny, Besitz 448. Windscheid § 160, 15. Seuffert, Pandekten § 414, 24. Duncker, Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 109. Förster, P. P.R. § 162, 90. Dieß muß auch nach Bayr. L.R. angenommen werden, obwohl Kreittmayr Anm. 2 d. zu L.R. II. 5. 11 eine Ausnahme machen will, wenn Beklagter das vitium gleich in continenti offenbar darthun könne, was aber als nicht in den Gesetztext aufgenommen nicht verbindend erscheint, a. M. Seuffert, Comment. II. 93, 40.

[75] P. L.R. I. 7. 150. Koch, Besitz 282. Förster, P. P.R. § 162, 91. Auch Entwurf III. 36 läßt die Einrede zu.

[76] Nach dieser Zeit haftete der Dejicient nur für das was er noch hatte. Savigny, Besitz 450. Windscheid § 160, 11. Heimbach, R.L. V. 585.

[77] Herwarth, Z. f. C.R. XII. 321. Heimbach, R.L. VIII. 233, 63. Erk.

der Besitzklagen keine Bestimmungen getroffen, es wurde daher früher angenommen, daß für die Spolienklage die gewöhnliche Klagenverjährung Anwendung finde [78], die neuere Praxis hat sich aber auch bei dieser für die Ausschließung der Verjährungseinrede entschieden [79].

4. Der Anspruch geht

a. gemeinrechtlich auf Rückerstattung des entzogenen Besitzes [80]. Ist der Beklagte nicht im Besitz, so haftet er dem Kläger für vollen Ersatz des Besitzwerthes [81]. Nach Preußischem Recht geht der Antrag nur auf Wiederherstellung der Gewahrsam über die Sache oder Wiedereinsetzung in die Ausübung des Rechts [82].

Wiesbaden 26/5 52 Sf. VII. 42. Bayr. L.R. II. 5. 11. Nr. 9 ... „dauert auch diese Action überhaupt dreißig Jahre lang, ohne Distinction ob es die Sache selbst oder nur das Interesse und den Werth derselben betreffe." Dagegen hält Duncker, Quasibesitz, Z. f. D. R. II. 109 die einjährige Verjährung des römischen Rechts auch für die Spolienklage anwendbar. Dasselbe bestimmt Entwurf III. 36.

[78] Bornemann I. 268. Koch, Besitz 285 hält bei der Spolienklage die dreißigjährige Verjährung für anwendbar, während er bei der Besitzstörungsklage jede Verjährung für ausgeschlossen hält oben Note 46.

[79] Förster, P. P.R. § 162, 100. Heydemann I. 372, 747.

[80] l. 1. § 1. D. 43. 16 ... ad recuperandam possessionem interdictum hoc proponitur. Savigny, Besitz 443.

[81] l. 15. D. 43. 16. Si vi me dejeceris vel vi aut clam feceris quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit. l. 21. § 2. D. 4. 2. Qui possessionem non sui fundi tradidit, non quanti fundus sed quanti possessio est ejus quadruplum vel simplum cum fructibus consequetur. Aestimatur enim quod restitui oportet, id est quod abest; abest autem nuda possessio cum suis fructibus. Hiernach ist der Besitzwerth der zu leisten ist nicht wie ältere Schriftsteller annahmen identisch mit dem Sachwerth. Savigny, Besitz 443, 1. Seuffert, Pandekten § 414, 16 und 17. Das Bayr. L.R. II. 11. 5. Nr. 1 steht noch auf dem Standpunkt der älteren Theorie, indem es bestimmt, ... „es zielen aber alle derlei Klagen lediglich dahin, daß Spoliatus in integrum restituirt annebens aller Schaden abgethan und wenn die Sach nicht mehr in natura vorhanden ist der Werth derselben vergütet werde." In den Anmerkungen Nr. 6 sagt Kreittmayr: „man muß ihm nicht nur die Sach selbst mit aller Zugehör wieder einräumen oder soferne es beklagten Theil nicht mehr möglich ist den Werth derselben vergüten"... Der Entwurf III. hat diese Streitfrage nicht entschieden.

[82] Förster, P. P.R. § 162, 76. Koch, Besitz 279. Es beruht dieß darauf, daß nach Preußischem Recht durch fehlerhafte Besitzergreifung nur das Inhaben nicht der Besitz verloren geht.

b. nach gemeinem Recht hat der Kläger [83] Anspruch auf Leistung des vollen Interesse, namentlich Ersatz für die Entziehung des Besitzes [84], Rückgabe oder Ersatz der anderen mit der Dejection verlorenen Sachen [85], Ersatz der durch die Dejection entzogenen Früchte [86], Schadensersatz für alle nach der Dejection der Sache widerfahrenen Beschädigungen [87], sowie für Unterbrechung der Ersitzung [88]. Den Betrag des durch die Entsetzung entstandenen Schadens darf der Kläger durch Eidesleistung bestimmen [89]. Dieser Anspruch, der nach römischem Recht nur innerhalb eines Jahres geltend gemacht werden konnte [90], unterliegt jetzt der gewöhnlichen Verjährung [91]. Nach Preußischem Recht ist nur eine gesonderte Ersatzklage zuläßig [92].

III. *Exceptio spolii.* Gemeinrechtlich hat der des Besitzes Entsetzte gegen alle Klagen des Entsetzenden die Spolieneinrede mit der Wirkung, daß er sich bis zu erfolgter Restitution auf keine Klage des Spolianten einzulassen braucht [93]. Dieses Rechtsmittel ist in

---

[83] Savigny, Besitz 443. Windscheid § 160, 10. Bayr. L.R. II. 11. 5. Nr. 1 oben Note 81. Erk. Oldenburg 1860 Sf. XIX. 46 ist ausgesprochen, daß bei der Spolienklage die Grundsätze des römischen Rechts über die Interesseleistung beim Interdictum de vi analoge Anwendung finden.

[84] l. 1. § 41. D. 43. 16. Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur verum caeterarum etiam utilitatum habenda est. Nam et Vivianus refert, in hoc interdicto omnia quaecumque habiturus vel adsecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset restitui, aut eorum lite a judice aestimari debere, eumque tantum consecuturum quanti sua interesset, se vi dejectum non esse. Savigny, Besitz 443.

[85] l. 1. pr. D. 43. 16. Savigny, Besitz 444.

[86] l. 1. § 40. D. 43. 16. Es gehören dazu auch die nicht gezogenen Früchte l. 4. Cod. 8. 4. Savigny, Besitz 444.

[87] l. 1. § 35. D. 43. 16. Savigny, Besitz, 444. 6. Seuffert, Pandekten § 414. 13.

[88] Savigny, Besitz 445.

[89] l. 9. Cod 8. 4 (juramentum Zenonianum). Savigny, Besitz 446, 1. Vangerow § 171. Anm. Nr. 4. Pr.O. Art. 470 ist dieß mit der Beschränkung anerkannt, daß dem Gericht die Bestimmung einer Maximalsumme zusteht.

[90] l. 1. pr. D. 43. 16. Nach diesem Zeitpunkte ging die Ersatzklage nur auf den Betrag, um den der Beklagte sich bereichert hatte. Savigny, Besitz 450.

[91] vgl. oben Note 77.

[92] Förster P. P.R. § 162, 81.

[93] Dieses Rechtsmittel hat seine Begründung im canonischen Recht. Savigny, Besitz 516 f. Bruns, Besitz 137 f. Heimbach, R.L. III. 800.

Bayern durch die Gerichtsordnung [94] allgemein anerkannt [95], und demnach auch in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts anwendbar [96]. Dem Entwehrten steht jedoch nach Bayrischem Recht die Einrede nur gegen die betreffende petitorische Klage des Entwehrers zu [97].

Titel 3.

Eigenthumserwerb.

§ 135.

Von den Erwerbsarten des Eigenthums im Allgemeinen [1].

Für die Eintheilung der Erwerbsarten des Eigenthums sind von jeher verschiedene Gesichtspunkte maaßgebend gewesen. Die römischen Quellen unterscheiden die Arten des civilen und naturalen Erwerbs [2], was in dem Bayrischen Landrecht beibehalten ist [3], während das Preußische Landrecht die Eintheilung in unmittelbare und mittelbare Erwerbsarten aufstellt [4]. Von den übrigen Classificationen sind hervorzuheben: die in ursprünglichen und abgeleiteten Erwerb [5], mit und ohne Besitzerwerb [6], nothwendige und willkürliche [7], an Sachen in

---

[94] G.O. III. 4. Nr. 10: In Spoliensachen, da die Entwehrung kündig und leicht zu erweisen ist, hat keine petitorische Klage wider den Entwehrten von Seite des Entwehrers statt, bis das punctum spolii gänzlich abgethan ist.

[95] Die Bestimmung ist als eine civilrechtliche anzusehen, da die Pr.O. Art. 584 den Bestimmungen über die Besitzklagen einen civilrechtlichen Charakter ertheilt. Als solche ist sie nach E.G. Art. 2 durch die Pr.O. nicht aufgehoben.

[96] Nach Preußischem Landrecht ist diese Einrede nicht begründet Koch, Besitz 286 und Pr.R. § 185, 13.

[97] Die Ansicht von Stürzer Civilgerichtsverfahren 315 und Seuffert, Comm. II. 94, 43, daß diese Einrede nur gegen solche Klagen gegeben sei, welche mit der Besitzentsetzung connex sind, ist zwar gemeinrechtlich nicht begründet, Heimbach, R.L. III. 800, 15, der Wortlaut der G.O. und die ausdrückliche Beziehung in den Anmerkungen k läßt aber dieß als den richtigen Sinn erscheinen.

[1] Vgl. Pagenstecher, Eigenthum II. 2. Arndts § 144. Windscheid § 170. Förster, P. P.R. § 172.

[2] Vgl. Pagenstecher, Eigenthum II. 8 f.

[3] Bayr. L.R. II. 3. 1.

[4] Pr. L.R. I. 9. 5 und 6.

[5] Arndts § 144. Puchta, Pandekten § 147.

[6] Vangerow, Pandekten § 307. Keller, Pandekten § 123.

[7] Böcking, Pandekten § 141, 15.

Eigenthum, nicht in Eigenthum, und Verbindung und Verfertigung [8], Erwerb an neu entstandenen herrnlosen oder verlassenen und fremden Sachen [9], während andere die einzelnen Erwerbsarten ohne weitere Classification aufzählen [10]. Neuerdings werden auch die Erwerbsarten nach dem Gegenstand, Immobilien und Mobilien, unterschieden, insoferne für erstere die gerichtliche Auflassung maaßgebend sein soll, während die anderen Erwerbsarten nur auf Mobilien sich beziehen [11]. In der vorliegenden Darstellung ist die Classifikation der Erwerbsarten in ursprüngliche und abgeleitete zu Grund gelegt.

Abschnitt 1.

Abgeleiteter Erwerb.

§ 136.

I. Uebertragung [1].

Der Eigenthumserwerb durch ein Geschäft unter Lebenden setzt gemeinrechtlich einen durch Uebertragung und Erwerbung des Besitzes vollzogenen Uebergebungsvertrag voraus, wobei die rechtliche Beschaffenheit des Gegenstandes keinen Unterschied in der Behandlung begründet, nach römischem Recht richtet sich die Eigenthumsübertragung der Immobilien vielmehr nach denselben Grundsätzen wie die der Mobilien. Nach dem älteren deutschen Recht war die Uebertragung des Eigenthums an Immobilien von der an Mobilien durchaus verschieden; während für letztere denen des römischen Rechts analoge Grundsätze maaßgebend waren, war die Uebertragung von Immobilien an be-

---

[8] Windscheid § 170.

[9] Förster, P. P.R. § 172.

[10] So unterscheidet Brinz, Pandekten § 53: bloßen Besitzerwerb, Specification, Separation und Perception, Tradition, Adjudikation, Ersitzung; Seuffert, Pandekten § 125 f. Occupation, Specifikation, Tradition, Ersitzung, Accession, andere Erwerbsarten.

[11] Diese Unterscheidung hat nach dem Vorgang des Sächsischen C.G.B. der Entwurf III. 93 f. angenommen.

[1] Vgl. Exner, die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition Wien 1867. Schmid, Handbuch I. § 8. Windscheid § 172. Beseler, P.R. § 90. 91. Förster, P. P.R. § 178.

stimmte Formen geknüpft, welche man später unter der gemeinsamen Bezeichnung der gerichtlichen Auflassung zusammenfaßte. Diese waren nach der Zeit sowohl als nach den Rechtsgebieten verschieden [2], trafen aber in der Hauptsache doch darin überein, daß die Uebertragung von Grundeigenthum an gerichtliche Mitwirkung gebunden war. Mit Reception des römischen Rechts trat darin insoferne eine völlige Umgestaltung ein, als die Grundsätze desselben durch ihre gemeinrechtliche Gültigkeit in allen denjenigen Rechtgebieten zur Anwendung gelangten, in welchen sich eine besondere gesetzliche Regelung für die gerichtliche Auflassung nicht ausgebildet hatte, und da der größere Theil der älteren Stadt- und Landrechte keine näheren Bestimmungen enthielt, in dem überwiegenden Theil der deutschen Rechtsgebiete zum geltenden Recht wurden [3]. Wir finden diesen Entwicklungsgang in der Hauptsache auch in Bayern, wo gerade die älteren Statuten, namentlich die bayerische Reformation von 1518 [4], die Nürnberger Reformation und die aus ihr abgeleiteten Rechte [5] und das Bamberger Recht keinerlei allgemeine Bestimmungen festgestellt hatten, so daß hier das römische Recht die deutschrechtlichen Grundsätze völlig verdrängte, während in einzelnen, namentlich den kleineren Rechtsgebieten, das deutschrechtliche Princip in der der späteren Rechtsentwicklung entsprechenden Form erhalten war. Das letztere ist indessen in der neueren Gesetzgebung wieder hergestellt, indem für alle Verträge über Immobilien die Form der notariellen Errichtung gesetzlich vorgeschrieben ist, so daß das bayrische Recht zu

[2] s. unten Note 34—36.

[3] Beseler, Pr.R. § 90, 11. Es gilt dieß selbst von vielen Rechtsgebieten des sächsischen Rechts mit Ausnahme der Städte z. B. Holstein, Hannover, Mecklenburg, und bildet in Süddeutschland mit Ausnahme Oesterreichs die Regel.

[4] Ueber das ältere Recht vgl. Merkel das Firmare des bayrischen Volksrechts, Z. f. R.G. II 101 f. Reform. 1518 XXV. 4 erwähnt nur Uebergabe mit Brief und Siegel oder bei lebendigem Leib, welche Bestimmung wörtlich in L.R. 1616 XI. 1 übergegangen ist. L.R. 1756 II. 3. 7 hat dann das römische Recht unverändert aufgenommen. Es war daher auch in der Praxis anerkannt, daß in dem Rechtsgebiet des bayrischen Landrechts der Eigenthumsübergang bei Immobilien von Verbriefung des Kaufvertrags nicht abhänge. Erk. 17/3 60 Bl. XXVI. 348.

[5] Nürnberg, Ref. XVI. 1 hat das reine römische Recht recipirt, vgl. Stürmer, de annali praescriptione 34. Auch die Fränkische L.G.O. und das Dinkelsbühler St.R. haben die gerichtliche Auflassung nicht ausgebildet. Vgl. unten Note 50 und 51.

denjenigen Rechten gehört, welche den Standpunkt des älteren deutschen Rechts wieder zur Geltung gebracht haben. Für den Eigenthumsübergang durch Uebertragung sind hiernach folgende Grundsätze maaßgebend:

I. Begründung. Für den Uebergabsvertrag sind die für Verträge überhaupt geltenden Grundsätze hinsichtlich der Herstellung der Willensübereinstimmung bestimmend. Er setzt daher voraus:

1. subjektive und objektive Möglichkeit der Uebereinkunft. Der Uebergeber muß veräußerungsfähig [6] der Nehmer erwerbsfähig sein [7], und der Veräußerung des Gegenstandes darf kein rechtliches Hinderniß entgegenstehen [8].

2. Regelmäßig kann nur der Eigenthümer Eigenthum übertragen. Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers ist wirkungslos [9], wenn nicht der Eigenthümer nachträglich einwilligt [10], oder der Tradent nachträglich Eigenthümer wird [11]. Ausnahmen sind begründet:

a. für die Veräußerungen des Fiskus, durch welche gemeinrechtlich und nach bayrischem Recht Eigenthum auch an solchen Sachen übertragen wird, die nicht in seinem Eigenthum stehen [12].

b. für Veräußerungen von Waaren oder beweglichen Sachen durch einen Kaufmann in seinem Handelsbetrieb, an welchen, insoferne sie nicht gestohlen oder verloren waren, der redliche Erwerber Eigenthum erlangt, auch wenn der Tradent nicht Eigenthümer war [13].

c. für Papiere auf den Inhaber, durch deren Veräußerung oder Uebergabe der redliche Erwerber Eigenthum erhält [13a].

d. in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts für Sachen, die in einer öffentlichen Versteigerung erkauft worden sind [14] und für baares Geld, das sich bei dem redlichen Besitzer noch unvermischt be-

---

[6] Exner, Tradition 50.

[7] Exner, Tradition 51. Ueber die Ausnahmen vgl. oben § 118, 10 f.

[8] Vgl. über die Sachen außer Verkehr oben § 118, 17 f. und über die Veräußerungsverbote oben § 123.

[9] l. 20. pr. D. 41. 1. Pr. L.R. I. 10. 3. Exner, Tradition 58.

[10] Windscheid § 172, 3.

[11] Dem Erwerber steht in diesem Fall die exceptio doli gegen den Tradenten zu Windscheid § 172, 5. Förster, P. P.R. § 178, 16.

[12] Windscheid § 165, 6 f. Das nähere oben § 34, 19 f.

[13] H.G.B. Art. 306. Goldschmidt H.R. § 80.

[13a] H.G.B. Art. 307. Thöl, H.R. § 55. 56a. Förster, P.P.R. § 180, 52.

[14] Pr. L.R. I. 15. 42 und 54. Förster, P. P.R. § 180, 57 und 62.

findet, insoferne er es von dem Nichteigenthümer nicht unentgeltlich überkommen hat [14a].

3. Es steht regelmäßig in dem Belieben des Tradenten, ob er sein Eigenthum übertragen will oder nicht. Ergänzt wird dieser Wille durch richterliches Erkenntniß, indem durch Zuschlag bei Zwangsverkauf für den Eigenthümer die Verpflichtung entsteht, dem Käufer den Gegenstand auszuantworten [15], soweit dieser nicht durch Beschlagnahme bereits aus dem Besitz gesetzt ist, in welchem Fall das versteigernde Gericht in Vertretung des Schuldners handelt [16]. Ausnahmsweise ist der Eigenthümer gesetzlich verpflichtet zur Abtretung des Bergwerkseigenthums [17] nach den Bestimmungen des Berggesetzes [18], zum Umtausch bei dem Arrondirungsverfahren [19] und nach einzelnen Statuten

---

[14a] Pr. L.R. I. 15. 45 und 46. Förster, P. P.R. § 180, 50. Die gleiche Bestimmung hat Entwurf III. 96.

[15] Gemeinrechtlich ist es bestritten, welche Wirkung dem Zuschlag bei gerichtlicher Versteigerung zuzuschreiben sei; nach der Meinung der einen wird dadurch das Eigenthum des versteigerten Objekts auf den Steigerer übertragen, ohne daß es dazu einer Besitzergreifung bedürfte s. Strippelmann, Subhastationsverfahren 357, Dernburg, Pfandrecht § 120, 16, Erk. Wiesbaden 15/7 40 Sf. I. 173, Darmstadt 9/2 64 Sf. XIX. 17; während nach der anderen Meinung dadurch nur eine Verpflichtung auf Uebergabe bewirkt wird Arndts § 146, Windscheid § 173, 5. Der ersteren Meinung schließt sich Pr. L.R. I. 11. 342 an, vgl. Erk. Berlin 13/11 60 Striethorst XL. 41, Förster, P. P.R. § 130, 17. Auch in der bayrischen Praxis findet sich diese Meinungsverschiedenheit, indem von den einen Uebergang des Eigenthums ohne Tradition durch den Adjudikationsbescheid angenommen wurde Lehner, Hyp.R. II. § 158, Erk. 26/5 60 Bl. XXVII. 268, während die anderen diesem Bescheid nur die Bedeutung eines Vertragsabschlusses beilegen, der durch Tradition zu erfüllen sei Seuffert Comment. IV. 332, 69. s. den Aufsatz: Wirkungen des Adjukationsbescheides Bl. XVIII. 321 und Bl. XXVII. 270, Zink, Comment. zum Not.-Ges. 431. Die letztere Auffassung ist durch unsere neue Prozeßgesetzgebung allgemein anerkannt Pr.O. Art. 1073: „Ist der Schuldner oder Drittbesitzer noch im Besitz des zugeschlagenen Gegenstandes, so hat das Versteigerungsprotokoll den Befehl an ihn zu enthalten, daß er den Besitz dem Ansteigerer bei Vermeidung der Zwangsausweisung räume."

[16] Pr.O. Art. 1038 f.

[17] Hinsichtlich des Bodens verpflichtet das Berggesetz Art. 127—129 nur den Bergwerkseigenthümer unter gewissen Voraussetzungen auf Verlangen des Grundeigenthümers das Eigenthum zu erwerben, nicht diesen, das Eigenthum zu verkaufen.

[18] Berggesetz Art. 124.

[19] Vgl. oben § 122.

zur Abtretung des Baugrundes bei dem Bau von Communmauern [20]. Es ist diese Verpflichtung zur Veräußerung zu unterscheiden von der Zwangsabtretung, insoferne hier dem Eigenthümer die Verbindlichkeit aufgelegt ist, unter gewissen Voraussetzungen mit einer bestimmten Person einen Uebergabsvertrag einzugehen [21], während bei der Zwangsabtretung ein einseitiges Recht der Besitzergreifung durch den Expropriationsberechtigten gegeben ist [22].

4. Die Willensübereinstimmung muß sich erstrecken:

a. auf den Gegenstand des Uebergabsvertrags. Der Wille muß in der Art auf eine bestimmte Sache gerichtet sein, daß der Tradent diese übertragen, der Erwerber diese nehmen will [23].

b. auf die Person des Erwerbers. Es ist für den Uebergabsvertrag nicht wesentlich, daß der Wille des Uebergebers auf einen individuell bestimmten Erwerber gerichtet sei [24]; soweit jedoch die Willensrichtung auf eine bestimmte Person geht, wird nur dieser Eigenthum erworben [25].

c. auf die Eigenthumsübertragung auf Grund eines darauf gerichteten Rechtsgeschäfts (justa causa traditionis) [26]. Das Rechtsgeschäft kann mit der Tradition zusammenfallen oder dieser vorausgehen [27]; allein es ist weder erforderlich, daß der Rechtsgrund an sich

---

[20] Vgl. oben § 120, 68.

[21] Pr. L.R. I. 10. 2 bezeichnet daher auch Gesetze als Erwerbstitel des Eigenthums. Vgl. Förster, P. P.R. § 131, 2 und § 178, 8.

[22] Vgl. unten § 141.

[23] l. 2. § 6. D. 41. 4. Exner, Tradition 270. Windscheid § 172, 14.

[24] Exner, Tradition 53 und 278. Windscheid § 172, 11. vgl. den Aufsatz: Verkauf einer Liegenschaft an einen erst zu benennenden Käufer Z. f. R. II. 179.

[25] Exner, Tradition 279. Windscheid § 172, 13.

[26] l. 31. pr. D. 41. 1. Nunquam nuda traditio transfert dominium sed ita si venditio vel aliqua justa causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Bayr. L.R. II. 3. 7. Nr. 5: Soll ein Titulus dominii translativus, das ist eine solche Ursach, wodurch man das Eigenthum auf andere zu bringen pflegt z. E. ein Kauf, Tausch, Darlehen, Schankung, vorhanden sein. Pr. L.R. I. 10. 1: Die mittelbare Erwerbung des Eigenthums einer Sache erfordert außer dem dazu nöthigen Titel auch die wirkliche Uebergabe derselben.

[27] Schmid, Handbuch § 8, 8. Seuffert, Pandekten § 132, 3. Nach bayrischem Recht ist dieß nicht möglich bei der Uebertragung von Immobilien, weil hier immer ein notariell errichteter Vertrag vorhergehen muß.

gültig und unanfechtbar sei [28], noch daß die Contrahenten den gleichen Rechtsgrund im Sinn haben, wenn nur ihre Absicht auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist [29].

II. Form. Zur Perfektion des Uebergabsvertrags ist Besitzergreifung von Seite des Nehmers nach den für den Besitzerwerb geltenden Regeln erforderlich [30]. Gemeinrechtlich ist dieß die zur Perfektion des Vertrags nothwendige und genügende Form [31]. Abweichend hievon hatte das ältere deutsche Recht in der gerichtlichen Auflassung [32] eine besondere Form für die Uebertragung von Immobilien bestimmt. Als Regel galt dabei, daß die Uebertragung von Grundeigenthum durch ein Geschäft unter Lebenden einen gerichtlichen Akt voraussetzte, welcher der Besitzübergabe vorausging [33]. Die Formen des Verfahrens waren verschieden, theils eine feierliche Verhandlung vor dem competenten Gericht [34], theils gerichtliche Errichtung des Vertrags [35], theils Ein-

---

[28] s. Arndts § 145, Seuffert, Pandekten § 132, 4, Förster, P. P.R. § 178, 24. Bayr. L.R. II. 3. 7. Nr. 5: „Und da sich ein Irrthum oder Ungerechtigkeit hieran bezeigt, so bleibt zwar das Eigenthum nichts destoweniger transferirt, dem Uebergeber hingegen stehet solchenfalls frei, denjenigen, welcher aus irriger oder unrechtmäßiger Ursach etwas von ihm empfangen hat, persönlich wiederum darum zu belangen.

[29] l. 36. D. 41. 1. Cum in corpus quidem quod traditur consentiamus in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inefficax sit traditio; dagegen l. 18. pr. D. 12. 1. Vgl. über diese Stellen Arndts § 145, 4, Vangerow § 311, 3, Förster, P. P.R. § 178, 22.

[30] vgl. oben § 132.

[31] Förster, P. P.R. § 178, 4 und 7. Die neuere Meinung, welche die Tradition nicht als die Erfüllung des Vertrags sondern als einen selbstständigen neben dem Veräußerungsvertrag stehenden Uebertragungsvertrag auffaßt, ist für das bayrische Recht deßhalb nicht anwendbar, weil bei der Uebertragung von Immobilien die Tradition nur als die Ausführung des notariell verbrieften Vertrags erscheint.

[32] Vgl. über diese: Beseler, E.V. I. § 4 und Pr.R. § 90 u. 91. Gerber § 89. Mittermair, Pr.R. § 160. 161. Eine eingehende dogmengeschichtliche Darstellung des Instituts mit Berücksichtigung der Rechtsentwicklung der einzelnen Rechtsgebiete ist dringendes Bedürfniß.

[33] Der in neueren Gesetzen ausgesprochene Grundsatz, daß die gerichtliche Auflassung zugleich die Besitzübertragung enthalte, entspricht dem älteren Recht nicht. Beseler, Pr.R. § 91, 5. Auch die bayrische Gesetzgebung hat ihn nicht angenommen, da nach dem Notariatsgesetz die notarielle Vertragsverbriefung nur die Voraussetzung der gültigen Tradition bildet, nicht diese selbst ersetzt.

[34] Beseler, P.R. § 90, 3 f.

[35] Wächter, W. P.R. I. § 43. Beseler, P.R. § 90, 17.

tragung in ein öffentliches Buch [36]. Letztere Bestimmung findet sich auch in einzelnen bayrischen Statuten, nämlich dem Münchner Stadtrecht [37] und dem Vorderösterreichischem Recht [38]; die meisten Statuten dagegen, welche das Princip der gerichtlichen Auflassung in seiner späteren Gestaltung erhalten hatten, hatten gerichtliche Vertragserrichtung vorgeschrieben, so namentlich das Oberpfälzer Landrecht [39], die Protokollirordnung der Bisthümer Augsburg [40] und Mainz [41] und die

[36] Beseler, P.R. § 90, 9.

[37] Münchner St.R. Art. 31, 270, 512. Grundbuchsordnung 1572 Art. 1 und 1628 Art. 2. Erk. 16/3 66 Bl. XXXI. 152. Vgl. Hartter, die deutsche Grundübereignung besonders zu München Bl. XIII. 257. Die hier aufgestellte Ansicht, daß nach der Münchner Grundbuchsordnung die Eintragung in das Grundbuch das Eigenthum ohne weitere Tradition übertrage, ist anerkannt Erk. 15/6 49. Bl. XXVII. 85.

[38] Hofdekret 13/12 1790 in Kaiser Leopold II. Gesetze 1790 Nr. 88: »Volljährige Unterthanen sollen ... ihre auf das Eigenthum des Grund und Bodens und die darauf zu radicirenden Pfandrechte sich beziehenden Contrakte, wenn sie daran die volle Rechtskraft genießen wollen, in das Gerichtsprotokoll eintragen lassen ..." vgl. Erk. 6/9 55 Bl. XXI. 472; 22/11 61 Bl. XXIX. 106.

[39] Oberpfälzer L.R. I. 8 Arnold II. 508: „daß hinfüro alle Verkauf und Kauf unbeweglicher Güter ... anders nit kräftig und gültig sein sollen, sie seien dann zuvor in Beisein beider Verkäufers und Käufers und also wissender Ding vor jedes Orts Beamten Rath oder Gerichten insinuirt und eingeschrieben auch die Kaufbrief darüber zu fertigen und zu siegeln gebeten worden; dann solange solches nit geschehen, soll jeder Theil nach Gelegenheit und Umbständen des Verkaufs oder Kaufs wieder abzutreten Macht haben." Vgl. Bauriedl, zur Lehre von der Gültigkeit der Verträge über Immobilien Bl. *XX. 65. Ueber Reugeld Bl. XXV. 65; Erk. 29/3 44 Bl. XIX. 96; 30/4 60 Bl. XXV. 272.

[40] Protokollirordnung 19/12 1775 bei Schelhaß Magazin I. 129: „es sollen zum Protokoll oder zur Gerichtscopei ... genommen werden ... Contrakte, wodurch liegende Güter veräußert werden, es geschehe solches durch Kauf, Tausch, Uebergabe oder sonst einen Vertrag, wobei aber kein Unterschied unter den contrahirenden Personen gemacht, auch von der Obrigkeit, worunter solche Güter gelegen, das Protokoll errichtet werden soll." Vgl. Gutermann, rechtliche Wirkungen eines außergerichtlichen Vertrags nach Augsburgischem Partikularrecht Bl. XII. *33; Erk. 28/12 61 Bl. XXVI 494 und XXVII. 84.

[41] V. 24/5 1798 bei Kurz 701 schreibt schriftliche Errichtung und gerichtliche Bestätigung aller Verträge über Liegenschaften als nothwendige Form vor, vgl. Kurz, schriftliche Form der Verträge über Immobilien nach Mainzer Recht Bl. IX. 32 und Commentar 701. Erk. 27/9 44 Bl. XIII. 13; 5/1 50 Bl. XV. 159. Diese Verordnung ist durch Gesetz 5/10 1863 aufgehoben, so daß die gerichtliche Bestätigung der Verträge jetzt hinweggefallen ist, s. Zink, Commentar in Dollmann G.G. I. 4. 221.

Statuten der Städte Augsburg [42], Kaufbeuern [43], Kempten [44] und Rothenburg [45], dann für die im gutsherrlichen Verband stehenden Immobilien die Statuten von Schwarzenberg [46] und Deutschorden an der Tauber [47], während das Preußische Landrecht schriftliche Errichtung angeordnet hatte [48]. Dagegen war in den übrigen Rechtsgebieten für den Eigenthumsübergang von Immobilien allein das gemeine Recht bestimmend, da weder die Vorschrift des Hypothekengesetzes über Eintragung des Eigenthümers in das Hypothekenbuch [49], noch die Bestimmungen der Taxgesetze über die Nothwendigkeit der Verbriefung der Immobilienverträge [50], noch die Bestimmungen der Statuten, welche

---

[42] Dekret 11/6 1707 Huber 158. „Daß ein Verkauf oder Verpfändung liegender Güter wofern deren Anzeige und Protokollirung auf gemeiner Stadtkanzlei von allen und jeden Contrahenten nicht geschehen ist ... keinerlei Weis noch gültig sein sollen.“ Vgl. zur Lehre von der Wirksamkeit außergerichtlicher schriftlicher Verträge über Immobilien und deren Nebenbestimmungen Bl. V. 241.

[43] Nach St. XII. bei Weber IV. 583 müssen Contrakte über Immobilien gerichtlich errichtet werden.

[44] Nach St. 1748. II. § 3 müssen alle Contrakte über liegende Güter bei Strafe der Nichtigkeit gerichtlich protokollirt werden.

[45] Dekr. 21/7 1767. Arnold II. 599 schreibt außer bei Literaten gerichtliche Errichtung aller Kauf- und Tauschgeschäfte, welche 50 fl. oder darüber betreffen, vor. Vgl. Bl. VI. 222.

[46] V. 13/6 1685 Arnold II. 611.

[47] V. 23/1 1686 Arnold II. 681.

[48] Pr. L.R. I. 5. 135. I. 10. 15—17. Heydemann, Einleitung I. 213. Förster, P. P.R. § 79, 65. Glück, über die Wirksamkeit außergerichtlicher schriftlicher Verträge über Immobilien Bl. III. 177. Erk. 23/5 55 Bl. XXI. 377.

[49] Hyp.-Ges. § 22. Nr. 6 und § 136 schreibt allgemein die Eintragung des Besitzers in das Hypothekenbuch vor. Es hat dieß indessen nur die Bedeutung einer Berichtigung der Legitimation für Handlungen, die sich auf die Hypothekverhältnisse des Grundstücks beziehen, und ist ohne Einfluß auf die Begründung des Eigenthums. Die Eintragung des Eigenthümers in der zweiten Rubrik hat nach unserem Recht nicht die Bedeutung, die der Eintragung in das Grundbuch zukommt. Vgl. unten § 154 und 159.

[50] Irrthümlich wurde früher angenommen, daß die F. Würzburgischen V. 18/5 1762 M.S. II. 775 und 18/9 1775 M.S. III. 154 die gerichtliche Protokollirung der Kaufverträge über Immobilien als Voraussetzung des Eigenthumsübergangs vorgeschrieben hätten, während diese Verordnungen nur Finanzgesetze sind, welche die Anzeige der Kaufverträge zum Zweck der Taxerhebung anordnen. Erk. 17/4 32 und 25/1 39 bei Schelhaß, Darstellung § 115, 2; Erk. 5/6 57 Bl. XXIII. 200. Auch die bayrischen Finanzgesetze hatten die gerichtliche Errichtung der Immobiliarverträge vorgeschrieben. So verfügt schon die provi-

die Rechtsbeständigkeit des Vertrags von Beobachtung der vorgeschriebenen Formen nicht abhängig machten [51], als Modifikationen der gemeinrechtlichen Grundsätze anzusehen waren. Unter Beseitigung aller statutarischen Bestimmungen ist indessen in Bayern durch das Notariatsgesetz vom 10. November 1861 für alle Immobiliarverträge der absolute Verbriefungszwang eingeführt, für welchen folgende Grundsätze gelten:

1. dem Verbriefungszwang unterliegen alle Verträge [52], welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder

---

sorische Taxordnung 8/10 1810 § 17. „Ueber alle Verhandlungen um liegende Güter oder dingliche Rechte müssen die Instrumente (briefliche Urkunden) obrigkeitlich errichtet werden, ohne Unterschied ob das Gesetz die Errichtung dieser Instrumente fordere oder nach selbem Scriptura hiebei nothwendig sei oder nicht," welche Bestimmung durch V. 9/5 1813 Rbl. 610 auf die Stadt Regensburg ausgedehnt wurde. Ebenso bestimmt das Taxregulativ 28/5 52 Art. 23: „Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleich geachteter Rechte betreffen, sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen müssen öffentliche Urkunden errichtet werden." Indessen ist es in unserer Praxis von jeher anerkannt, daß diesen Bestimmungen civilrechtliche Wirksamkeit nicht zukomme. Siehe bezüglich der Taxordnung 1810 Glück, Verträge über Immobilien Bl. III. 189 und hinsichtlich des Taxregulativs 1852 einen Aufsatz Bl. XXI. 161; Erk. 5/6 57 Bl. XXIII. 200 und 17/3 60 Bl. XXVI. 348.

[51] Es sind dahin zu rechnen diejenigen Statuten, welche Beobachtung einer bestimmten Form vorschreiben, ohne die Nichtigkeit bei Nichtbeobachtung der Form auszusprechen, so namentlich Deutschorden in Franken 13/6 1707 Arnold II. 700; Oettingen, V. 27/7 1687 Arnold II. 512; Dinkelsbühl, St.R. I. 4. 8 Arnold II. 310, 2; Weissenburg, St. 1739 IV. Arnold II. 719, 2; F. Kempten, V. 20/5 1791 und 27/5 1792 Sammlung 173 und 343 vgl. Hebberling, über die Gültigkeit außergerichtlicher Verträge über Immobilien nach Kemptner Statutarrecht Bl. XIII. 113, Erk. 31/10 1844 Arends V. 205; Erbach, L.R. Beck 381. Das Schweinfurter Recht gewährte den gerichtlich errichteten Contrakten nur einen Vorzug Sammlung 1779 XXVII. § 1. S. 276. Das Nördlinger St.R. I. 8 und 9 Arnold I. 493 schreibt gerichtliche Errichtung und Bestätigung der Immobiliarverträge vor, und es wurde dieß früher als zweifellos angesehen s. Ayrer, Analecta 48, Tröltsch, Miscellaneen 125; die bayrische Praxis folgte indessen einer anderen Auffassung, indem sie annahm, daß nach Nördlinger Recht die Gültigkeit der Immobiliarverträge von dieser Form nicht abhänge Arnold II. 600, 1.

[52] Vgl. Rehm, was ist unter Verträgen, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen im Sinne des Art. 14 des Notariatsgesetzes zu verstehen Bl. XXXI. 369. Gerichtliche Urtheile unterliegen dem Verbriefungszwang nicht Zink, Comment. zum Not.-Ges. 431.

diesen gleich geachteter Rechte betreffen[53]. Es gehören dahin alle Verträge, durch welche das Eigenthum an einer unbeweglichen Sache überlassen wird[54], nicht aber solche, welche eine Veräußerung nur vorbereiten[55], oder die nicht Uebertragung des Eigenthums[56] oder nicht Uebertragung der unbeweglichen Sache als solcher[57] bezwecken. Bei zusammengesetzten Verträgen erstreckt sich der Verbriefungszwang nur auf denjenigen Theil, welcher die Eigenthumsübertragung von Immobilien regelt[58].

2. Die Verbriefung kann nur durch notariellen Akt erfolgen. Damit ist die früher in einzelnen Statuten begründete Competenz der Civilgerichte zur Errichtung der Verträge beseitigt. Eine Ausnahme ist nur begründet für die Prozeßgerichte, welchen die Befugniß zur Aufnahme von Vergleichen in Civilprozeßsachen zusteht[59].

---

[53] Not.-Ges. Art. 14: „Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgeachteter Rechte betreffen sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, sind bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten." Welche dinglichen Rechte unter diesen Begriff fallen, wird in den unten folgenden Abschnitten erörtert werden.

[54] Es ist dabei nur auf die Absicht der Contrahenten nicht auf die Form zu sehen, in welche die Veräußerung gekleidet ist. Erk. 4/5 66 Bl. XXXI. 381 unterwirft einen Vertrag, durch welchen ein Gut zur Zertrümmerung übergeben wird dem Verbriefungszwang, da hier der Eigenthumsübergang auf den Erwerber beabsichtigt war, und nach Erk. 6/6 65 Bl. XXX. 266 fallen Erbverträge, die sich auf ein bestimmtes einzelnes Immobile beziehen, nicht aber diejenigen, welche eine Universalsuccession begründen, unter die Bestimmung des Art. 14.

[55] Zink, Comment. 431. Nach Erk. 2/3 66 Bl. XXXI. 283 ist das in einem Verlobungsvertrag enthaltene Versprechen ein Anwesen zu erwerben und zu inferiren, nach Erk. 10/12 64 Bl. XXX. 80 und 15/5 68 Bl. XXXIII. 387 der auf Erwerbung eines Immobiles gerichtete Gesellschaftsvertrag und nach Erk. 28/4 66 Bl. XXXI. 384 der Vertrag wodurch ein Auftrag zum Ankauf eines Immobiles vermittelt wird dem Verbriefungszwang nicht unterworfen.

[56] Daher sind Pachtverträge dem Verbriefungszwang nicht unterworfen Zink, Comment. 431.

[57] Nach Erk. 18/5 64 Bl. XXX. 94 bedarf der Kaufvertrag über ein Gebäude zum Behuf des Abbruchs und nach Erk. 21/8 64 und 11/3 65 Bl. XXX. 367 der Kaufvertrag über einen Wald zur Abholzung nicht der Verbriefung, da sich diese Verträge auf bewegliche Sachen beziehen.

[58] Zink, Comment. 438.

[59] Zink, Comment. 434, 17. Erk. 5/3 64 Bl. XXIX. 136 ist ausgesprochen, daß nach G.O. XVII. 1. Nr. 2 die Competenz der Prozeßgerichte zur Aufnahme

3. Die dem Verbriefungszwang unterworfenen Verträge sind nichtig, wenn diese Form nicht beobachtet ist. Es erstreckt sich dieß wie auf die Hauptsache so auf die Nebenverabredungen [60], auf nachträgliche Abänderungen [61] und auf den Vertrag in allen seinen Theilen. Es können daher nicht einzelne Stipulationen eines nicht verbrieften Vertrags deßhalb, weil sie an sich dem Verbriefungszwang nicht unterworfen wären, als zu Recht bestehend angesehen werden, wenn der Vertrag als ganzes wegen mangelnder Verbriefung ungültig ist [62].

4. Die notarielle Verbriefung ist die Voraussetzung der Willensübereinstimmung. Vorverhandlungen sind daher nicht bindend, und es ist daraus keine Klage auf Vornahme der Verbriefung gegeben [63].

5. Nur nach vorgängiger Verbriefung können Immobilien gültig tradirt werden. Besitzeinräumung vor erfolgter Verbriefung ist wirkungslos [64].

III. Wirkung. Mit der Tradition geht das Eigenthum der Sache auf den Erwerber über außer bei Verkauf, indem gemeinrechtlich bis zu erfolgter Zahlung des Kaufpreises das Eigenthum dem Tradenten verbleibt, insoferne der Kaufpreis nicht creditirt oder für die

---

eines Vergleichs keinem Zweifel unterliege, und daß ein solcher der notariellen Verbriefung nicht bedürfe, auch wenn er Immobilien betreffe. In Pr.O Art. 223 sind die vor dem Prozeßgericht einem beauftragten Richter oder vor dem Vermittlungsamt der Einzelngerichte geschlossenen Vergleiche den rechtskräftigen Urtheilen gleichgestellt.

[60] Erk. 28/1 65 Bl. XXX. 126 spricht dieß aus bezüglich der Bestimmung einer eventuell zu zahlenden Entschädigung; 12/12 65 Bl. XXXI. 79 und 30/10 66 *XXXI. 127 bezüglich eines Zusatzes zum Kaufpreis; 4/6 64 Bl. XXIX. 284 bezüglich der Verabredung eines Vorbehalts.

[61] Erk. 16/7 66 und 1/3 67 Bl. XXXII. 244; 18/4 68 Bl. XXXIII. 383.

[62] Dieß gilt namentlich von der in einem außergerichtlich errichteten Vertrag bedungenen Conventionalstrafe, vgl. einen Aufsatz in den Bl. XXVIII. 225, Erk. 19/5 63 Bl. XXVIII. 193, und dem so bedungenen Reugeld Erk. 7/3 64 Bl. XXIX. 129; 30/5 64 Bl. XXIX. 264. Nach Erk. 6/11 63 Bl. XXIX. 71 kann selbst das schon bezahlte Reugeld zurückgefordert werden, und in Erk. 7/2 65 Bl. XXX. 169 ist selbst die notariell verbriefte Zusicherung eines auf einen nicht verbrieften Vertrag sich beziehenden Reugeldes für unwirksam erklärt. A. M. Zink, Comment. 437.

[63] Zink, Comment. 435.

[64] An der gemeinrechtlich und im Preußischen Recht anerkannten Voraussetzung der Tradition als nothwendiger Erfüllungsform hat das Notariatsgesetz nichts geändert a. M. Kurz, Mainzer Recht 702.

Zahlung Sicherheit angenommen ist [65], was jedoch nach Preußischem Recht nicht gilt [66]. Bestritten ist, welche Wirkung im Zweifel dem Eigenthumsvorbehalt zukomme, indem die einen ihm die Bedeutung einer Suspensivbedingung [67], die andern einer Resolutivbedingung [68] beilegen. Der ersteren Auffassung folgt das Bayrische [69], der letzten das Preußische Landrecht [70]. Bei Immobilien richtet sich die Wirkung des Vorbehaltes, insoferne derselbe in das Hypothekenbuch eingetragen ist, nach den Bestimmungen des Hypothekengesetzes [71].

§ 137.

II. Adjudikation [1].

Durch Adjudikation wird das Eigenthum erworben, wenn bei Theilungsklagen, nämlich bei der Theilung zwischen Miteigenthümern [2],

---

[65] § 41. J. 2. 1. venditae vero res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit veluti expromissore aut pignore dato ... Sed si is qui vendidit fidem emtoris secutus fuerit dicendum est statim rem emtoris fieri. Bayr. L.R. IV. 3. 10. Nr. 6. „Erlangt Käufer das Eigenthum der Sach durch die Uebergab ausgenommen ... wenn der Kaufschilling noch nicht entrichtet und hiebei entweder das Eigenthum bis zur Zahlung ausdrücklich vorbehalten oder aber von dem Verkäufer durch wahrscheinliche Muthmaßungen und sonst zu beweisen ist, daß er nicht auf Borg sondern auf Baargeld gehandelt habe, welches jedoch aus der bloßen Tradition niemal, wohl aber unter anderem insonderheit daraus gefolgert wird, wenn man Zahlungsfristen bewilligt oder zu Versicherung des Kaufschillings Caution, Bürgschaften, Hypotheken und Assignationen annimmt." Vgl. Cropp in Heise und Cropp I. 425. Thöl, Handelsrecht I. § 68.

[66] Nach diesem geht das Eigenthum auf den Käufer mit der Tradition über, außer wenn der Verkäufer es sich vorbehalten hat. Förster, P. P.R. § 125, 72.

[67] s. Arndts § 145, 5. Vangerow § 311.

[68] Müller, A. f. C. Pr. XII. Nr. 13.

[69] Bayr. L.R. IV. 3. 10. Nr. 6. oben Note 65.

[70] Pr. L.R. I. 11. 266. Förster, P. P.R. § 126, 18.

[71] vgl. unten § 159.

[1] Vgl. Pagenstecher, Eigenthum II. 190. Windscheid § 173. Seuffert, Pandekten § 147. Arndts § 146.

[2] § 5. J. 4. 17. Bayr. L.R. IV. 13. 3. Kreittmayr, Anm. d. stellt die Wirkung der der Erbtheilungsklage gleich. Das Preußische Recht faßt das Erkenntniß bei der Theilungsklage zwischen Miteigenthümern nicht als Adjudikation auf. Förster, P. P.R. § 178, 12 und § 182, 70 f.

der Erbtheilung [3] und der Gränzscheidung [4] das Eigenthum einer Sache einem der Miteigenthümer durch richterliches Erkenntniß zugesprochen wird. Die anderen Fälle in welchen gemeinrechtlich eine Adjudikation vorkommen kann, finden in Bayern keine Anwendung [5].

Abschnitt 2.

Ursprünglicher Erwerb.

Abtheilung 1.

Mit Rücksicht auf bisheriges Eigenthum.

§ 138.

I. Fruchterwerb.

Das Eigenthum der Früchte fällt gemeinrechtlich mit der Separation von der Hauptsache, von der sie bis dahin ein Theil waren, dem Eigenthümer zu [1]; nach Preußischem Landrecht sind sie mit der Enstehung Eigenthum des Eigenthümers [2]. Eine Ausnahme ist nur begründet bei Thierjungen, an welchen erst mit der Trennung von dem Mutterthier Eigenthum erworben wird [3].

---

[3] § 4. J. 4. 17. Bayr. L.R. III. 1. 15 Anm. a. Auch hier kennt das Preußische Recht keine Adjudikation. Koch, Erbrecht 1227.

[4] § 6. J. 4. 17. Bayr. L.R. II. 2. 13. Anm. Nr. 8. Auch nach Preußischem Landrecht erfolgt hier die Eigenthumsübertragung durch den Adjudikationsbescheid Förster, P. P.R. § 182, 110.

[5] Es gehört dahin das Missionsverfahren bei der cautio damni infecti oben § 125, 3 und die Subhastation oben § 136, 15.

[1] Windscheid § 186, 2.

[2] Pr. L.R. I. 9. 221. Förster, P. P.R. § 173. I. Der letzteren Auffassung folgt Entwurf III. 200: „Die Früchte der Sache gehören dem Eigenthümer der letzteren."

[3] Pr. L.R. I. 7. 194.

§ 139.

II. Eigenthumserwerb durch Verbindung [1].

Wird eine Sache in der Art mit einer anderen verbunden, daß sie nicht mehr selbstständig für sich besteht, sondern Theil der anderen wird, so geht sie in das Eigenthum dessen über, welchem die Hauptsache gehört. Eine derartige Erwerbung kann vorkommen:

I. Durch Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache.

Es gilt der allgemeine Grundsatz, daß die bewegliche Sache, welche mit einer unbeweglichen verbunden wird, als Nebensache dem Eigenthümer der letzteren erworben wird [2]. Die einzelnen Anwendungsfälle sind:

1. Die Alluvion (Anschütten, Verlandungen) [3] steht nach gemeinem Recht [4] und Preußischem Landrecht [5] mit der Verbindung dem Eigenthümer des Flußufers zu. Abweichend davon hatte das Bayrische Landrecht den Anspruch des Fiskus auf die Alluvionen in öffentlichen Flüssen, wo derselbe hergebracht sei, vorbehalten [6]. Obwohl bei der ausdrücklichen Verweisung auf das Herkommen die Anwendbarkeit

---

[1] Wächter, Accession, R.L. I. 11. Bechmann, Eigenthumserwerb durch Accession Kiel 1867. Windscheid § 188. Arndts § 152. Förster, P. P.R. § 173. 176.

[2] Wächter, R.L. I. 20. Arndts § 152. Nr. 2. Entwurf III. 101: „Wird eine bewegliche Sache mit einer unbeweglichen in der Art verbunden, daß sie einen Bestandtheil der letzteren bildet, so geht sie dadurch in das Eigenthum des Herrn der unbeweglichen Sache über."

[3] Die Alluvion ist als Verbindung einer beweglichen mit einer unbeweglichen Sache aufzufassen s. Wächter, R.L. I. 14, 7. Die gewöhnlich aufgeführten Fälle der Verbindung unbeweglicher Sachen, insula in flumine nata und alveus derelictus sind nach Bayrischem Recht nicht Fälle des Eigenthumserwerbs, da hier an dem bisherigen Eigenthum nichts geändert wird.

[4] l. 47. § 1. D. 41. 1 praeterea quod per alluvionem agro nostro flumen adjicit, jure gentium nobis acquiritur. Ohne Grund wollen einige dieß auf öffentliche Flüsse beschränken. s. dagegen Wächter, R.L. I. 21.

[5] Pr. L.R. I. 9. 225 und 227. Förster, P. P.R. § 173, 11.

[6] Bayr. L.R. II. 3. 10: „Es soll auch dem Fisko an dem was er der Anschütten Ufer und Inseln halber rechtlich hergebracht hat weder durch diesen noch nachfolgenden § 11 und 12 etwas benommen sein."

der gemeinrechtlichen Regel keinem Zweifel unterliegen konnte [7], stand dieser in den meisten Fällen der Umstand entgegen, daß nach damaliger Auffassung die Ufer der öffentlichen Flüsse, auf welche allein ein solches Herkommen Bezug hatte [8], als im Staatseigenthum stehend angesehen wurden [9], so daß nach römischem Recht die Regalität der Alluvionen in öffentlichen Flüssen die Regel bildete [10]. Durch die neuere Gesetzgebung ist dieß jedoch dahin bestimmt, daß die Alluvion in öffentlichen und Privatflüssen dem Ufereigenthümer zuwächst, soweit nicht entgegenstehende Rechte dritter begründet sind [11]. Die Alluvion wird als be-

---

[7] Dieß hatte schon Schmid, Comm. III. 262, 11 ausgesprochen: ideo nostra opinione recte concludimus, Gryphiandri opinionem, quae etiam omnium alluvionum commoda principibus addicit, in patria nostra nullo modo receptam esse. Erk. 29/2 48 Bl. XIV. 315 ist daher ausgeführt, „daß der Gesetzgeber in Ansehung der Anschütten an öffentlichen Flüssen eine von der im § 10 aufgestellten Regel abweichende allgemeine gesetzliche Bestimmung nicht treffen wollte — indem er per indirectum ausgesprochen habe, daß da, wo und in soweit als ein abweichendes Herkommen nicht bestehe, die allgemeine gesetzliche Bestimmung des § 10 zur Anwendung komme."

[8] Kreittmayr Anm. zu G.O. I. 13 f. und zu L.R. II. 3. 10 e beschränkt die Ausnahmen auf öffentliche Flüsse. In Erk. 3/6 48 Bl. XV. 11 ist daher ausgesprochen, daß ein Anspruch des Fiskus auf die Alluvionen überhaupt nur in schiff- oder floßbaren Gewässern geltend gemacht werden könne.

[9] Dieß nimmt Kreittmayr als notorisch an. So sagt er G.O. I. 13. Anm. f. „Der Grund und das Ufer, worin der Strom geht, werden pro parte fluminis gehalten, mithin auch eodem jure wie der Strom selbst unter die Regalia gerechnet" dann L.R. II. 1. 5. Anm. 4: „zum Fluß wird auch das Ufer und Wasserbett mitgerechnet" und L.R. II. 3. 10. Anm. 10: Flumina publica leiden nicht weniger ihre Limitation. Denn wie wir schon oben — verstanden haben, gehören sie der Landesherrschaft sammt dem Ufer und Wasserbett tanquam parte fluminis sowohl quoad dominium als territorium.

[10] s. die in den Motiven zum Wassergesetz Verh. der K. d. A. Beil. B. I. 145 angeführten Stellen und Pözl, Comm. 128. Kreittmayr, G.O. I. 13. Anm. f. definirt daher das Herkommen, welches die Regalität ausschließt, als auf speciali concessione oder praescriptione beruhend. Eine solche Concession ist die der Stadt München ertheilte unten Note 11.

[11] Wasserbenützungsgesetz 28/5 1852. Art. 23: Die Ausbreitung des Ufers durch allmähliges Anspülen fremder Erdtheile oder durch das Zurücktreten des Wassers wächst selbst in öffentlichen Flüssen dem Eigenthümer der das Ufer bildenden Grundstücke zu ... Art. 42: „Die Ausbreitung des Ufers durch allmähliges Anspülen fremder Erdtheile oder durch das Zurücktreten des Wassers wächst dem Eigenthümer des Ufers zu." Eine Ausnahme ist für den Burgfrieden der Stadt München gegeben, wo nach dem Burgfriedensbrief von 1460 und der Bestätigung 7/11 1724. G.S. IV. 967 das Eigenthum an allen Alluvionen

stehend erachtet, wenn das angesetzte Land mit dem bisherigen Ufer bei mittlerem Wasserstand zusammenhängt und wenn sich auf demselben Vegetation gebildet hat [12]. Dieß gilt jedoch nur von solchen Zuwüchsen, die durch allmähliges Anspülen fremder Erdtheile entstehen; Verlandungen dagegen, die sich in Folge künstlicher zur Regulirung des Flußlaufs oder zum Zweck des Uferschutzes unternommener künstlicher Anlagen im Bereiche derselben oder in Folge von Durchstichen in dem alten Flußbett bilden, werden Eigenthum der Unternehmer [13].

2. Abrisse (avulsiones) [14] bleiben in öffentlichen und Privatflüssen dem bisherigen Eigenthümer, solange sie erkennbar an einen andern Ort versetzt sind [15]. Jedoch werden sie, wenn sie sich an ein fremdes Ufer angelegt haben, Eigenthum des Uferbesitzers, wenn der bisherige Eigenthümer nicht binnen Jahresfrist nach der geschehenen Versetzung des Landstücks entweder bei der einschlägigen Verwaltungsbehörde die Erklärung abgegeben hat, daß er den Abriß als den seinigen betrachte, oder die Anerkennung seines Eigenthums oder Entschädigungsanspruchs von Seite des Uferbesitzers erwirbt oder desfalls gerichtliche Klage erhebt [16]. Hat sich das abgerissene Stück Land

---

neu entstehenden Inseln und verlassenen Theilen des Flußbettes der Isar innerhalb des Burgfriedens der Stadtgemeinde zusteht. Auer, Stadtrecht LXIX. Pözl, Comment. 111.

[12] Wasserbenützungsgesetz Art. 23.

[13] Wasserbenützungsgesetz Art. 25. „Wenn sich Verlandungen in Folge künstlicher Anlagen, welche zur Regulirung des Flußlaufes oder zum Zweck des Uferschutzes unternommen werden, im Bereich dieser Anlagen bilden, so werden dieselben Eigenthum der Unternehmer. Dasselbe gilt von den Verlandungen, welche in Folge von Durchstichen in dem alten Flußbett gebildet werden." Die Ausdehnung auf Privatflüsse ist zwar nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich aber theils aus dem Wortlaut des Art. 42, der bei Privatflüssen nur natürlich entstehende Alluvionen den Ufereigenthümern zuweist, theils aus dem Umstand, daß in Art. 4 und 48 die Privatflüsse bezüglich der für die Stromregulirung vorgenommenen Unternehmungen den öffentlichen Flüssen gleichgestellt sind.

[14] Wächter, R.L. I. 21. Förster, P. P.R. § 173, 19.

[15] Wasserbenützungsgesetz Art. 29: Wird ein erkennbares Stück Land von dem Flußufer durch die Gewalt des Wassers an einen andern Ort versetzt, so bleibt dasselbe dem bisherigen Eigenthümer.

[16] Wasserbenützungsgesetz Art. 30. Durch Art. 43 ist dieß auf Privatflüsse ausdrücklich ausgedehnt. Das Princip dieser Bestimmung ist dem Pr. L.R. I. 9. 223. 224 entnommen; s. Förster, P. P.R. § 173, 19. Nach gemeinem Recht ist mit dem Zusammenwachsen die Vindication ausgeschlossen, Wächter, R.L. I.

außer Zusammenhang mit dem Ufer im Fluß festgesetzt, so wird es in öffentlichen Flüssen Eigenthum des Staats, wenn der bisherige Eigenthümer nicht binnen Jahresfrist nach dem Tage der geschehenen Versetzung des Landstücks die freiwillige Anerkennung seines Eigenthums oder Entschädigungsanspruchs von Seite des Staates erwirbt, oder deßfalls gerichtliche Klage erhebt [17]. Auf Privatflüsse ist diese Bestimmung nicht ausgedehnt; Landstücke, die sich ohne Zusammenhang mit den Ufern im Fluß festsetzen, werden demnach mit dem Zusammenwachsen Eigenthum des Eigenthümers des Flußgrundes, wenn der bisherige Eigenthümer nicht binnen Jahresfrist nach dem Tag der geschehenen Versetzung sein Eigenthumsrecht geltend macht [18].

3. Säen und Pflanzen in fremdem Boden [19]. Wird fremder Same auf einem Grundstück gesät oder eine fremde Pflanze auf ein Grundstück gepflanzt, so erwirbt der Herr des Grundstücks, welchem nach Preußischem Recht der Nutzungsberechtigte gleichsteht, das Eigenthum des Samens mit dem Aussäen [20], das der Pflanze, sowie diese Wurzel gefaßt hat [21]. Hat der Herr des Grundstücks die Verbindung

22, 39. Auch das Bayr. L.R. II. 3. 13 schloß die Vindication aus, gewährte jedoch dem früheren Eigenthümer einen Ersatzanspruch.

[17] Wasserbenützungsgesetz Art. 31.

[18] Pözl, Commentar 173 hält in diesem Fall die Regel des Art. 29 für maaßgebend, wonach der bisherige Eigenthümer das abgerissene Stück behält. Da jedoch bei Privatflüssen das Flußbett also der Untergrund im Eigenthum der Adjacenten steht, so scheint mir vielmehr die Regel des Art. 31 analog anwendbar zu sein, da die Verbindung des Abrisses mit dem Untergrund entscheidet.

[19] Wächter, R.L. I. 22. Förster, P. P.R. § 173, 39 f.

[20] l. 53. D. 6. 1. Si fundi possessor eum excoluisset sevissetque, et postea fundus evincatur, consita tollere non potest. Bayr. L.R. II. 3. 18: Die nämliche Bewandtnuß hat es mit denen Bäumen Pflanzen und Samen, dann sobald der letztere einmal ausgesät ist, und jene auf dem Grund Wurzel gefaßt haben, gehört alles dem Grundherrn. Pr. L.R. I. 9. 275: Das Eigenthum des Samens oder der Pflanzen, womit fremder Grund und Boden bestellt worden, fällt, sobald ersterer ausgesäet ist und letztere Wurzel getrieben haben, demjenigen anheim, welchem das Nutzungsrecht des Bodens zukommt. Förster, P. P.R. § 173, 39. Abweichend davon setzt Entwurf III. 102 auch bei Sämereien das Wurzelschlagen voraus.

[21] l. 26. § 2. D. 41. 1. Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit prioris domini est; ubi coaluit, agro cedit; et si rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur. Wächter, R.L. I. 22, 43. Bayr. L.R. II. 3. 18. Pr. L.R. I. 9. 275. Förster, P. P.R. § 173, 39. Nach

vorgenommen, so hat er, wenn er in bösem Glauben war, gemeinrechtlich den vollen Werth und das Interesse, wenn er in gutem Glauben war, nur den Betrag zu ersetzen um den er bereichert ist [22]; nach Bayrischem Landrecht hat er nur den Werth der Materialien nach unpartheiischem Anschlag zu ersetzen [23], nach Preußischem Landrecht hat er den höchsten Preis des Materials und wenn er in bösem Glauben war, allen dem Eigenthümer des letzteren entgangenen Vortheil zu vergüten [24]. Geschah die Verbindung durch den Eigenthümer der beweglichen Sache, so hat er gemeinrechtlich Anspruch auf Ersatz des Werthes wenn er in gutem Glauben war, insoferne die Verbindung als nothwendiger oder ertragerhöhender Aufwand, wenn er in bösem Glauben war insoferne sie als nothwendiger Aufwand erscheint [25]. Nach Preußischem Landrecht werden dem gutgläubigen Besteller die erweislich dem bösgläubigen Besteller die lokal wirthschaftlich verwendeten Kosten vergütet, wenn der Nutzungsberechtigte des Bodens die Früchte genießen will, außerdem der Besteller Samen und Pflanzen wegnehmen und wenn ihm die Frucht bleibt jenen für die entzogene Bodennutzung entschädigen muß [26]. Steht die Pflanze auf der Grenze zweier Grundstücke, so daß sie in beiden wurzelt, so gehört sie den beiden Grundeigenthümern nach dem Verhältniß, in welchem sie an der Oberfläche erscheint [27].

älterem deutschem Recht hatte der Besteller Anspruch auf die Frucht sowie die Bestellung vollendet war. Beseler, P.R. § 89, 18. In unseren Statuten ist dieser Rechtssatz nicht erhalten.

[22] Wächter, R.L. I. 24.

[23] Bayr. L.R. II. 3. 17. Nr. 3. Die hier für das Bebauen gegebene Bestimmung, welche die Unterscheidung der Haftpflicht des gutgläubigen und bösgläubigen Eigenthümers aufhebt, ist durch L.R. II. 3. 18 für den vorliegenden Fall als maaßgebend erklärt.

[24] Pr. L.R. I. 9. 283. 284. Die letztere Bestimmung nimmt Entwurf III. 103 auf, gestattet jedoch alternativ die Trennung wenn sie ohne Beschädigung der Liegenschaft und ohne unverhältnißmäßige Kosten möglich ist.

[25] Wächter, R.L. I. 24. Die gleiche Bestimmung hat Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7 und II. 2. 11. Nr. 6. Der gemeinrechtlichen Vorschrift schließt sich an Entwurf III. 104.

[26] Pr. L.R. I. 9. 275—282. Förster, P. P.R. § 173, 40.

[27] l. 83. D. 17. 2. Illud quarendum est, arbor quae in confinio nata est ... an cum succisa arbor est ... ejus sit cujus fundus pro ea quoque parte singulorum esse debeat pro qua parte in fundo fuerat ... sed naturali convenit rationi et postea tantam partem utrumque habere ...

4. Bebauen (inaedificatio) [28]. Wird auf fremdem Grund ein Gebäude aufgeführt, so wird gemeinrechtlich das Material Eigenthum des Grundherrn, solange das Gebäude steht, kann aber bei Loslösung davon von dem Eigenthümer, der nicht darauf verzichtet hat, vindicirt werden [29]. Hat der Grundeigenthümer das fremde Material verbaut, so kann gemeinrechlich der Eigenthümer des Materials, der in die Verbindung nicht gewilligt hat [30], den doppelten Werth als Schadensersatz

---

quantam et in terra habebat. Wächter, R.L. I. 23, 46. Bayr. L.R. II. 3. 18: Soviel aber die Bäum' und Pflanzen belangt, welche sich mit ihren Wurzeln auf merley Herrn Gründe erstrecken, seind solche auch zwischen ihnen gemeinschaftlich. Pr. L.R. I. 9. 286: Steht der Stamm selbst auf der Grenze, so haben beide Nachbarn das Miteigenthumsrecht des Baumes. Entwurf III. 196: Bäume gehören demjenigen, auf dessen Grund der Stamm hervorwächst. Steht der Stamm auf der Grenze, so haben die Nachbarn das Miteigenthum an dem Baum zu gleichen Theilen. Jeder von ihnen kann die Fällung des Baumes verlangen.

[28] Wächter, R.L. I. 25. Vangerow § 329, 1. Förster, P. P.R. § 176.

[29] l. 2. Cod. 3. 32. Sed et id quod in solo tuo aedificatum est, quoad in eadem causa manet, jure ad te pertinet. Si vero fuerit dissolutum, ejus materia ad pristinum dominum redit sive bona fide sive mala aedificium extructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint. § 29. 30. J. 2. 1. Cum in suo solo aliquis ex aliena materia aedificaverit, ipse intelligitur dominus aedificii, quia omne quod solo inaedificatur solo cedit. — Quod si aliqua ex causa dirutum sit aedificium, poterit materiae dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare.... Ex diverso si quis in alieno solo ex sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cujus et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem ejus ammittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata utique si non ignorabat se in alieno solo aedificare. Et ideo licet si diruta sit domus materiam tamen vindicare non potest. Der innere Widerspruch dieser Stellen ist zweifellos, Wächter, R.L. I. 29, und es ist demnach gemeinrechtlich die in der letzteren Stelle ausgesprochene Strafe des unredlichen Besitzers nicht anwendbar Windscheid § 188, 9. A. M. Förster, P. P.R. § 176, 34, der im Gegentheil die Vindication des malae fidei possessor dadurch ausgeschlossen findet. Andere sehen in dem wissentlichen Bau auf fremdem Boden ein Verzichten auf das Eigenthum des Materials Jakobi in Jhering Jahrb. IV. 248, 107, Keller, Pandekten § 138, 5, Schmid, Handbuch I. 145, 67, Pagenstecher, Eigenthum II. 148, 2, womit Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 3. 17 übereinstimmt: »in casu malae fidei aber hat er um seine Materialien wenigstens de jure stricto keine Action, sondern man hält dafür, daß er es verschenkt habe."

[30] l. 63. D. 24. 1. Windscheid § 188, 12.

verlangen [31], hat aber dann Vindication der Materialien bei Auflösung des Gebäudes nur wenn der Bauende in bösem Glauben war [32]. Nach Bayrischem Landrecht ist dem Eigenthümer immer nur eine Klage auf den Werth des Materials gegeben [33]. Hat der Eigenthümer des Materials einseitig [34] auf fremdem Boden gebaut, so kann er, insoferne er im Besitz ist, unter Ausübung des Retentionsrechts wenn er in gutem Glauben war Ersatz des Aufwandes verlangen, welcher unter den Gesichtspunkt der nothwendigen und nützlichen Auslagen fällt, und hat für die übrigen Aufwendungen nur das Recht der Hinwegnahme [35], war er in bösem Glauben, so hat er ein Retentionsrecht nur für die nothwendigen Auslagen und hinsichtlich der übrigen Auslagen nur das Recht der Wegnahme [36]. Ist er nicht im Besitz, so hat er kein Rechtsmittel, und kann nur bei Auflösung des Baues die Materialien vindiciren [37]. Ist ein Gebäude mit fremden Materialien auf fremdem

---

[31] Wächter, R.L. I. 27, 63. Windscheid § 188, 11. Manche halten gemeinrechtlich die Klage auf das Doppelte überhaupt nicht mehr für zulässig; s. dagegen Wächter, R.L. I. 28, Keller, Pandekten § 138, 3. Andere gehen von der Ansicht aus, daß die Verpflichtung des doppelten Ersatzes nur dem in bösem Glauben bauenden obliege s. Wächter, R.L. I. 27, 63. Vangerow § 300, Anm. will den Anspruch auf das Doppelte auf den Fall der Verwendung gestohlenen Materials beschränken s. dagegen Windscheid § 188, 12.

[32] l. 2. D. 47. 3. Wächter, R.L. I. 27, 66. Windscheid § 188, 14. Schmid, Handbuch I. 144, 61.

[33] Bayr. L.R. II. 3. 17: Drittenfalls werden die Materialia onpartheiischen Anschlag nach vergütet, und hat die Actio in duplum niemalen mehr statt.

[34] Erfolgte der Bau mit Einwilligung des Grundeigenthümers, so wird dieser nicht Eigenthümer des Materials Erk. 18/12 55 Bl. XXI. 334.

[35] Wächter, R.L. I. 29, 70. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7: „seind die expensae necessariae utiles et voluptuariae wohl zu unterscheiden. Die erste zieht er ab, und bedient sich derwegen des Retentionsrechts, wenngleich der Effekt nicht mehr existirt. Die andere mag er zwar begehren, jedoch ohne Retentionsrecht, und nur soweit sich die Melioration noch bezeigt. Die Dritte nimmt er weg soviel ohne Beschädigung der Sache geschehen kann." Diese Vorschrift ist durch Bayr. L.R. II 3. 17. Nr. 2 für den vorliegenden Fall als maaßgebend erklärt.

[36] Wächter, R.L. I. 29, 71. Bayr. L.R. II. 2. 11. Nr. 6: Ziehet er ... zwar expensas necessarias ab und hat derowegen auch jus retentionis zu exerciren, utiles et voluptuarias aber nimmt er soweit zurück, als es ohne Schaden des Hauptgutes geschehen kann. Diese Bestimmung ist durch Bayr. L.R. II. 3. 17. Nr. 2 für den vorliegenden Fall als maaßgebend erklärt.

[37] Wächter, R.L. I. 29, 74.

Boden errichtet, so hat nach bayrischem Landrecht der Bauführer Anspruch auf Ersatz der Kosten und der Eigenthümer der Materialien Anspruch auf den Ersatz des Werthes derselben [38]. Nach Preußischem Landrecht wird der Grundherr Eigenthümer der Materialien, mit denen er ein Haus auf seinem Grund erbaut hat, muß aber Entschädigung leisten [39]. Hat der Eigenthümer des Materials auf fremden Boden ohne Wissen des Grundherrn gebaut, so kann dieser, wenn er sogleich als er davon Nachricht erhalten der Fortsetzung des Baues widersprochen hat, entweder Abbruch und Wegräumung des Gebäudes auf Kosten des Bauenden und Schadensersatz oder Ueberlassung des Gebäudes gegen Erstattung der Baukosten oder Uebernahme des Gebäudes durch den Bauenden gegen Vergütung des Werthes der Baustelle und Schadensersatz verlangen [40]. Hat der Grundeigenthümer nicht rechtzeitig Widerspruch eingelegt, so kann er nur Entschädigung für die Baustelle ansprechen [41]. Hat der Bauführer mit fremden Materialien

---

[38] Bayr. L.R. II. 3. 17. Nr. 1. ... Daß derjenige, welcher einen nützlich oder nothwendigen Bau geführt hat, seine Kosten und der andere, deme die Materialien zugehörig gewest, den Werth derselben von dem Grundherrn fordern oder nach niedergerissenem Gebäude die Materialien wieder zu sich nehmen möge.

[39] Pr. L.R. I. 9. 334. 335: „Hat jemand fremde Materialien auf seinem eigenen Grund und Boden ohne Vorwissen des Eigenthümers verbaut, so kann zwar letzterer weder die einmal verbauten Materialien zurückfordern, noch das Eigenthum des Gebäudes verlangen, er muß aber von dem Bauenden nach Maaßgabe der demselben zur Last fallenden Verschuldung für den Verlust seiner Materialien entschädigt werden." Das nach römischem Recht begründete Vindicationsrecht bei Auflösung des Gebäudes ist hier ausgeschlossen Förster, P. P.R. § 176, 40.

[40] Pr. L.R. I. 9. 328: Wählt der Grundeigenthümer das letztere, so muß das Abbrechen und Wegräumen auf Kosten des Bauenden erfolgen, und dieser haftet noch außerdem nach dem Grad seiner Verschuldung dem Eigenthümer für den erlittenen Schaden und entgangenen Gewinn. 330: Will der Grundeigenthümer das Gebäude behalten, so muß er dem Bauenden die verwendeten Baukosten, soweit sie den Werth des Gebäudes nach der Schätzung der Sachverständigen nicht übersteigen, erstatten. 331: Will der Grundeigenthümer das Gebäude dem Bauenden überlassen, so muß dieser ihm den Werth des Grundes und Bodens vergüten, und noch außerdem denjenigen Schaden erstatten, welchen der Eigenthümer durch Verengung des nöthigen Platzes oder sonst nach seiner Lage und Gewerbe erweislich erleidet.

[41] Pr. L.R. I. 9. 332: Hat der Eigenthümer des Grundes und Bodens um den Bau gewußt und nicht sogleich als er davon Nachricht erhalten der Fortsetzung desselben auf eine solche Art, daß es zur Wissenschaft des Bauenden ge-

auf fremden Grund und Boden ohne Wissen beider Eigenthümer gebaut, so hat der Grundherr hinsichtlich des Gebäudes das erwähnte Wahlrecht, der Eigenthümer der Materialien jedoch einen Ersatzanspruch nur gegenüber dem Bauführer [42].

II. Durch Verbindung beweglicher Sachen. Auch bewegliche Sachen können in der Art verbunden werden, daß sie fortan nicht mehr als einzelne in Betracht kommen, und zwar kann dieß geschehen:

1. Durch Vermischung (confusio, commixtio) [43]. Werden gleichartige bewegliche Sachen verschiedener Eigenthümer ohne Veränderung der Qualität in der Art vermengt, daß sie einzeln nicht mehr ausgeschieden werden können [44], so werden sie, wenn die Vermischung mit vereintem Willen erfolgte und nichts anderes bestimmt ist, gemeinsam, wobei sich der Antheil eines jeden nach Größe und Werth seines Beitrags richtet [45]. Das gleiche tritt ein, wenn die Vermischung einseitig von einem der Eigenthümer oder einem Dritten vollzogen ist, indem hier, insoferne nicht eine Specification vorliegt [46], bei Unmög-

---

langt ist, widersprochen, so muß er mit der bloßen Entschädigung für Grund und Boden sich begnügen. Vgl. Förster, P. P.R. § 176, 39.

[42] Pr. L.R. I. 9. 336—339. Förster, P. P.R. § 176, 41.

[43] Arndts §. 151. Keller, Pandekten § 137.

[44] Ist die Ausscheidung im einzelnen möglich, so liegt der Fall der Vermischung nicht vor. l. 23. § 5. D. 6. 1. At in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem, ut singuli homines, singulae oves; ideoque posse me gregem vindicare, quamvis aries tuus sit immixtus, sed et te arietem vindicare posse.

[45] § 28. J. 2. 1. Quod si frumentum Titii frumento tuo mistum fuerit, siquidem ex voluntate vestra, commune est, quia singula corpora id est singula grana quae cujusque propria fuerunt ex consensu vestro communicata sunt. Damit übereinstimmend Bayr. L.R. II. 3. 15 Anmerkungen: „geschiehet nun solches mit beiderseitigem guten Willen, so wird die Sache gemeinschaftlich." Ebenso sagt Entwurf II. 106: Werden bewegliche Sachen verschiedener Eigenthümer mit deren Willen verbunden oder vermischt, so richtet sich das Eigenthumsverhältniß am Ganzen nach ihrer Uebereinkunft. Stehen die verbundenen Sachen nicht in solchem Verhältniß (von Haupt- und Nebensache), so gehört das Ganze den bisherigen Sondereigenthümern gemeinschaftlich nach dem Werthverhältniß der verbundenen Sachen.

[46] l. 5. § 1. D. 6. 1. Idem scribit: si ex melle meo et vino tuo factum sit mulsum, quosdam existimasse id quoque communicari, sed puto

lichkeit der Ausscheidung Miteigenthum nach Verhältniß des Werthes der einzelnen Sachen entsteht [47], nach Bayrischem Landrecht jedoch nur, insoferne die Vermischung von einem Dritten vorgenommen oder zufällig eingetreten ist [48]. Eine Ausnahme ist nur für das baare Geld begründet, das durch Vermengung in das Eigenthum des Empfängers übergeht [49]. Nach Preußischem Recht sind bei Vermischung die für die Vereinigung geltenden Grundsätze maaßgebend [50].

2. Durch Vereinigung (adjunctio) [51]. Werden bewegliche Sachen in der Art mit einander vereinigt, daß sich die Verbindung ohne Schaden nicht wieder aufheben läßt [52], so wird, wenn dieß nicht mit

---

verius ut ipse significat, ejus potius esse qui fecit, quoniam suam speciem pristinam non continet.

[47] § 28. J. 2. 1. Quod si casu id (frumentum) mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet quale cujusque frumentum fuerit. Damit stimmt überein Entwurf III. 111.

[48] Bayr. L.R. II. 3. 15: „Wenn man theils eigne theils fremde Materie bona fide in eine solche neue Gestalt bringt, daß man beede Materien weder unterscheiden noch absondern kann, so wird das Eigenthum der fremden Materie und zwar in flüssigen Dingen per confusionem in truckenen per commixtionem erlanget. Geschiehet aber eines oder das andere nicht im eignen sondern in des dritten Namen, oder gar nur von ungefähr, so werden beide vermischte Materien gemeinschaftlich." Damit stimmt überein Entwurf III. 109—111, indem hier die einseitige Vermischung durch einen der Eigenthümer als Specification erklärt wird, während bei Vermischung durch einen Dritten oder durch Zufall die gemeinrechtliche Regel gilt.

[49] l. 78. D. 46. 3. Si alieni nummi inscio vel invito domino soluti sunt, manent ejus, cujus fuerunt; si mixti essent, ita ut discerni non possent, ejus fieri qui accepit, in libris Gaji scriptum est. Arndts § 151, 2. Entwurf III. 112: „Der Inhaber fremden Geldes erlangt ... das Eigenthum desselben wenn es mit seinem eigenen Geld in unausscheidbarer Weise vermischt ist, vorbehaltlich der dem früheren Eigenthümer zustehenden Ersatzansprüche."

[50] Pr. L.R. I. 9. 298.

[51] Wächter, R.L. I. 30. Arndts § 152. Keller, Pandekten § 139.

[52] Ist die Trennung möglich, so kann darauf geklagt werden. l. 6. D. 10. 4. Gemma inclusa auro alieno vel sigillum candelabro vindicari non potest, sed ut excludatur ad exhibendum agi potest. Bayr. L.R. II. 3. 16: „Wenn fremdes Ding mit eignem dergestalt vereinigt wird, daß ein Corpus oder

beiderseitiger Einwilligung geschehen ist [53], gemeinrechtlich der Eigenthümer der Hauptsache durch die Verbindung Eigenthümer der Nebensache [54]. Als Hauptsache wird dabei diejenige angesehen, welche für sich allein ohne die Nebensache bestehen kann, oder die die Bedingung der Existenz der anderen bildet [55], oder die für sich allein betrachtet dem Ganzen am meisten gleichkommt [56]. Ist keiner dieser Gesichtspunkte entscheidend, so ist das Werthsverhältniß zu berücksichtigen [57]. Der Eigenthümer der Nebensache hat einen Ersatzanspruch, den er gemeinrechtlich, wenn er selbst die Verbindung vorgenommen hat, nur durch Ausübung des Retentionsrechts nach den Grundsätzen von der Verwendung außerdem klageweise geltend machen kann [58], welche letztere

---

Totum daraus entsteht und sich die vereinigten Theile zwar noch unterscheiden aber nicht füglich mehr absondern lassen" und Anmerkungen dazu: „erstenfalls bleibt facta separatione jedem das Seinige." Pr. L.R. I. 9. 298 schreibt in diesem Fall Ausscheidung auf Kosten desjenigen vor, der einseitig die Verbindung vollzogen hat. Bei Auflösung der Verbindung kann das ursprüngliche Eigenthum geltend gemacht werden Windscheid § 189, 4. Ist die Ausscheidung unmöglich, so erhält der Eigenthümer der Hauptsache definitiv das Eigenthum des Ganzen. Wächter, R.L. I. 31, 88.

[53] Hier entscheidet der Wille der Betheiligten. Windscheid § 189, 9.

[54] l. 23. § 2. D. 6. 1. Si quis rei suae alienam rem ita adjecerit ut pars ejus ficeret ... dominium ejus totius rei effici ... plerique recto dicunt. Bayr. L.R. II. 3. 16. Nr. 1: „so ist die Rechtsregel, daß der Haupt- den Nebentheil und der stärkere den schwächeren nach sich zieht." Entwurf III. 107: „Werden Sachen verschiedener Eigenthümer zu einem ganzen derart verbunden, daß sie im Verhältniß von Haupt- und Nebensachen stehen, so gehört das ganze dem Eigenthümer der Hauptsache."

[55] Wächter, R.L. I. 30, 79. l. 23. § 3. D. 6. 1. Sed necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest. Bayr. L.R. II. 3. 16. Nr. 2: Es wird aber der Neben- oder schwächere Theil daraus beurtheilt, wenn er nur zur Bezier- Vermehr- Ergänz- oder Ausbesserung des andern Theils dienen soll, oder gar so beschaffen ist, daß er für sich allein nicht einmal bestehen kann.

[56] l. 36. § 1. D. 41. 1. Proculus indicat hoc jure nos uti — in quibus propria qualitas expectaretur si quid additum erit toto cedit, ut statuae pes aut manus — Bayr. L.R. II. 3. 16. Nr. 2 oben Note 55.

[57] l. 27. § 2. D. 41. 1. Cum partes duorum dominorum ferrumine cohaereant, hae cum quaereretur utri cedant Cassius ait proportione rei aestimandum vel pro pretio cujusque partis: Wächter, R.L. I. 30, 81. Windscheid § 189, 6. Entwurf III. 108. Welche der verbundenen Sachen als Hauptsache zu betrachten sei, ist nach der Bestimmung und dem Wesen des Ganzen im Zweifel nach dem Werthsverhältniß beider zu bemessen.

[58] Wächter, R.L. I. 24. Windscheid § 190.

Befugniß ihm nach Bayrischem Landrecht allgemein zusteht [59]. Nach Preußischem Landrecht dagegen ist zu unterscheiden: Geschah die Verbindung betrüglicher Weise, so hat der Beschädigte die Wahl, ob er die Sache gegen eine dem Fiskus zufallende Vergütung des nach dem niedrigsten Satz zu schätzenden Arbeitslohnes oder des Werths der verbundenen fremden Gegenstände übernehmen oder die Sache dem anderen gegen Vergütung des höchsten Werthes, welchen seine Sache zwischen dem Zeitpunkt der widerrechtlichen Anmaßung und der zugestellten Klage hatte, überlassen wolle, wobei ihm außerdem Geltendmachung des dadurch entstandenen Schadens oder entgangenen Gewinnes vorbehalten bleibt [60]. Geschah die Verbindung redlicher Weise, so richtet sich die Entscheidung der Eigenthumsfrage nach dem Stoffantheil der Betheiligten. Hat der Verfügende den größeren Antheil, so verbleibt ihm zwar das Ganze, doch muß er dem Eigenthümer der anderen Materialien nach dessen Wahl entweder ebensoviel Materialien von gleicher Art und Güte zurückgeben, oder für diese nach dem höchsten Preis zur Zeit der Verfügung Vergütung gewähren, und außerdem vollständigen Ersatz leisten [61]. Hat dagegen derjenige, über dessen Sache ohne sein Zuthun verfügt wurde, den größeren Antheil, so kann er nach seiner Wahl das Ganze behalten, und dem Verfügenden seinen Stoffantheil nach dem gemeinen Werth zur Zeit der Verbindung oder wenn dieser geringer ist den Werth der Verbesserung vergüten [62], oder dem Verfügenden gegen Rückerstattung oder Bezahlung der Materialien und vollen Schadensersatz das Ganze überlassen [63]. Sind mehrere Eigenthümer von Materialien betheiligt, so entscheidet unter ihnen der Entschluß derjenigen, denen zusammen der beträchtlichste Antheil zukommt und im Zweifel das Loos. Behalten sie hiernach das Eigenthum des Ganzen, so werden sie bei gleichartigen Materialien Mit-

[59] Bayr. L.R. II. 3. 16. Nr. 3: „Ist der Eigenthümer des Haupttheils schuldig, den Werth des adjungirten Theis zu vergüten, ohne Unterschied ob die Adjunction bona oder mala fide geschehen seie." Entsprechend räumt Entwurf III. 109. 110 dem Eigenthümer der Hauptsache einen Ersatzanspruch ein, dessen Umfang sich darnach bestimmt, ob die Verbindung in gutem oder bösem Glauben erfolgte.

[60] Pr. L.R. I. 9. 299—303.

[61] Pr. L.R. I. 9. 313 vgl. mit 305. 306.

[62] Pr. L.R. I. 9. 309. 310.

[63] Pr. L.R. I. 9. 309. Bei Schätzung der Materialien sind die Note 61 aufgeführten Grundsätze maßgebend.

eigenthümer, bei ungleichartigen Materialien wird durch den größeren Antheil im Zweifel durch das Loos bestimmt, wer gegen Abfindung der anderen das Ganze zu übernehmen hat [64].

Abtheilung 2.

Vom bisherigen Eigenthum unabhängiger Erwerb.

§ 140.

I. Occupation [1].

Für den Eigenthumserwerb durch Besitzergreifung ist zu unterscheiden:

I. Herrenlose Sachen. Gemeinrechtlich gilt die Regel, daß an verkehrsfähigen herrnlosen Sachen, mögen sie von Natur herrnlos oder erst durch Dereliktion des Eigenthümers herrnlos geworden sein, durch Besitzergreifung Eigenthum erworben wird [2]. Hievon sind nach unserem Recht folgende Ausnahmen begründet:

1. Unbewegliche herrnlose Sachen sind im Rechtsgebiet des bayrischen und preußischen Landrechts Eigenthum des Fiskus und können daher nicht occupirt werden [3].

2. Die Besitzergreifung der von dem Eigenthumsrecht an Grund und Boden ausgenommenen Mineralien richtet sich nach den Grundsätzen des Berggesetzes, die der jagdbaren Thiere nach den Grundsätzen des Jagdgesetzes.

---

[64] Pr. L.R. I. 9. 316. 317. 318.

[1] Gimmerthal, A. f. C.P. LI. 63. LII. 521. Gesterding, Eigenthum 68 f. Pagenstecher, Eigenthum II. 57. Schmid, Handbuch I. §. 7. Windscheid § 184. Arndts § 154. Seuffert, Pandekten § 127. Förster P. P.R. § 174 und 175.

[2] § 12. J. 2. 1. Quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. § 47. J. 2. 1. Qua ratione verius esse videtur si rem pro derelicto a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Bayr. L.R. II. 3. 2: Dann entweder haben die Sachen schon einen Herrn oder nicht ... und ist bei denen letzteren überhaupt die Regel zu bemerken: Res cedit primo occupanti, das ist, die Sach gehört demjenigen, der sich solcher am ersten bemächtigt. Pr. L.R. I. 9. 9: Wer eine herrenlose, dem Staat nicht vorbehaltene Sache wirklich in seine Gewalt bringt, der wird von dem Augenblick an, da solches geschieht, Eigenthümer der Sache.

[3] s. oben § 34, 44—47.

3. Der Schatz wird gemeinrechtlich Eigenthum des Finders und Grundeigenthümers zur Hälfte; des Grundeigenthümers allein, wenn dieser der Finder ist, oder wenn der Finder ohne seine Einwilligung gesucht hat; sind Zauberkünste gebraucht worden, so fällt er an den Fiskus [4]. Das Preußische Landrecht modificirt diese Bestimmung dahin, daß der Antheil des Finders, der ohne Bewilligung des Eigenthümers auf fremdem Boden gesucht oder der Zauberkünste oder polizeiwidrige Maaßregeln angewendet hat, dem Fiskus zufällt [5]. Nach Bayrischem Landrecht gehört der Schatz zu zwei Drittel dem Fiskus, zu ein Drittel dem Finder und Eigenthümer zusammen, zu ein Drittel dem Eigenthümer, wenn dieser der Finder ist, oder wenn der Finder ohne Bewilligung des Eigenthümers gesucht hat; der Antheil dessen der Zauberkünste gebraucht fällt dem Fiskus zu [6]. Nach Vorderösterreichischem Recht erhält der Fiskus ein Drittel, die anderen zwei Drittel theilen Finder und Eigenthümer, und letzterer erhält sie allein, wenn er der Finder ist. Sind Zauberkünste gebraucht, so fällt das Ganze dem Fiskus zu [7]. Nach Ansbacher Recht fällt der Schatz ganz an den Fiskus [8].

II. Fund. Nach V. 22/11 1815 fällt das Eigenthum gefundener Sachen, bezüglich deren der Finder die gesetzliche Anzeigepflicht beobachtet hat, wenn sie von den Eigenthümern oder jenen, die solche verloren, nicht zurückgefordert werden, nach verflossener Verjährungszeit dem Finder und wenn dieser darauf verzichtet, oder wenn der Finder der gesetzlichen Anzeigepflicht nicht nachgekommen ist, dem Lokalarmenfond zu [9].

III. Kriegsbeute. Die gemeinrechtlichen Vorschriften [10], sowie die Bestimmungen des Bayrischen [11] und Preußischen Landrechts [12]

---

[4] Windscheid § 184, 8—10. Diese Bestimmungen wiederholen Nürnberg, Reform XXV. 1 und Dinkelsbühl, St. I. 18 Arnold II. 332.

[5] P. L.R. I. 9. 85—88.

[6] Bayr. L.R. II. 3. 4.

[7] Hofdekret 25/10 1771 Weber IV. 1342.

[8] V. 17/7 1708 Arnold II. 68.

[9] V. 22/11 1815 in Moriz, Novellen 184. Ueber die gemeinrechtlichen Grundsätze, die demnach in Bayern nicht anwendbar sind, vgl. Windscheid § 184, 7. Dasselbe gilt von den Bestimmungen des Preußischen Landrechts, über welche Förster, P. P.R. § 175 zu vergleichen.

[10] Vgl. Schmid, Handbuch § 7, 67 f. Windscheid § 184, 12.

[11] Bayr. L.R. II. 3. 6.

sind in Bayern nicht mehr anwendbar, der Eigenthumserwerb durch Beutemachen ist vielmehr beschränkt auf die an dem Kampf betheiligten Militärpersonen [13], und richtet sich bei diesen ausschließlich nach den Bestimmungen der Militärgesetze. [14].

§ 141.

II. Expropriation [1].

Auf Grund gesetzlicher Bestimmung kann eine Verpflichtung zur Abtretung von Eigenthum im öffentlichen Interesse gegeben sein. Diese Verpflichtung ist eine dem öffentlichen Recht entstammende, und ihre Voraussetzungen sind daher nur nach diesem zu beurtheilen. Für Bayern sind die Bestimmungen darüber in dem Expropriationsgesetz 17/11 1837, dem Wassergesetz 28/5 1852, dem Bewässerungsgesetz 28/5 1852 und dem Einführungsgesetz zur Proceßordnung 29/4 1869 Art. 6 enthalten. Bestritten ist, welches Rechtsverhältniß für den Eigenthumsübergang anzunehmen sei. In der Regel wird die Expropriation unter den Gesichtspunkt des Kaufs gestellt, indem man besonders Gewicht darauf legt, daß die Abtretung nur gegen Leistung des vollen Werthes angesprochen werden könne, und daher einen Kauf mit fingirtem Consens des Eigenthümers annimmt [2]. Abgesehen jedoch von der Unzuläßigkeit einer solchen Fiction [3] ist dieser Gesichts-

---

[12] Vgl. Förster, P. P.R. § 175, 64.

[13] Oberniedermayr, Commentar über das Militär-Str.G.B. 187, S. 614.

[14] Militär-Str.G.B. Art. 175—177. Bayrische Feldbienstvorschriften § 471 und 484. Oberniedermayr, Commentar zum Militär-Str.G.B. S. 614 f.

[1] Thiel, A., das Expropriationsrecht Berlin 1866. Meyer, G., das Recht der Expropriation Leipzig 1868. Mittermair, Expropriation in Rotteck und Welker, Staatslexikon V. 199. Bopp, Expropriation, Weiske, R.L. IV. 136. Brinz, Expropriation, Bluntschli, St.Wört. III. 467. Koch, Deutschlands Eisenbahnen I. 21. Treichler, Z. f. D. R. XII. 123. Burkhard, Z. f. C.R. VI. 208. Martin, A. f. Pr. R.W. IX. 64. Häberlin, A. f. C.Pr. XXXIX. 200. Laband, A. f. C.Pr. LII. 152. Beseler, Pr.R. § 92. Windscheid § 388, 2. Förster, P. P.R. § 131. Pözl, Vf.R. § 34.

[2] s. Koch, Eisenbahnen I. 34. Häberlin, A. f. C.Pr. XXXIX. 201. Beseler, Pr.R. § 92, 14. Gerber, P.R. § 174. b. Förster, P. P.R. § 131, 23. Erk. Lübeck 19/11 50 Sf. IV. 117; Wolfenbüttel 5/7 44 Sf. XIV. 226.

[3] Laband, A. LII. 171 hebt mit Recht hervor, daß man ebensogut fingiren könnte, der zu einer Gefängnißstrafe verurtheilte Verbrecher habe eine Wohnung nebst Beköstigung im Gefängniß gemiethet.

punkt schon dadurch ausgeschlossen, daß auch die übrigen für den Kaufvertrag geltenden Regeln dabei nicht anwendbar sind [4]. Man hat daher vielfältig dem Rechtsverhältniß eine andere Begründung zu geben gesucht, und man führt dasselbe namentlich auf eine Deliktsobligation [5], einen Vergleich [6], eine quasicontraktliche Verbindlichkeit [7] oder einen einseitigen Staatsakt [8] zurück. Der letztere Gesichtspunkt ist für das bayrische Recht schon deßhalb allein maaßgebend, weil dieses nicht einmal in allen Fällen eine Ersatzverbindlichkeit des Exproprianten anerkennt, sondern auch Fälle unentgeltlicher Zwangsenteignung aufstellt. Für die Expropriation gelten nach Bayrischem Recht folgende Grundsätze:

I. Voraussetzung der Zwangsabtretung. Zur Einleitung der Zwangsabtretung muß zunächst die Anwendbarkeit der gesetzlichen Bestimmung, auf welcher die Verpflichtung dazu beruht, in dem einzelnen Fall festgestellt sein. Diese gesetzlichen Bestimmungen sind nach Bayrischem Recht in folgender Weise geregelt:

1. Der Staat kann Zwangsenteignung ohne Entschädigung vornehmen an dem Flußbett eines Privatflusses [9] durch Verwandlung desselben in einen öffentlichen Fluß [10] und an einer noch nicht regelmäßig

---

[4] s. Laband, A. LII. 173, wo ausgeführt ist, daß der Expropriirte für Eviction und heimliche Mängel nicht hafte, daß ein Veräußerungsverbot dem Eigenthumserwerb nicht entgegenstehe, und dieser auch eintrete, wenn dem Nichteigenthümer gegenüber expropriirt wurde; endlich daß für den Eigenthumsübergang die bei Veräußerungen vorgeschriebene Form nicht erforderlich sei.

[5] Thiel, Expropriation 21.

[6] Erk. Stuttgart 12/8 47 Sf. IV. 41.

[7] Meyer, Expropriation 184 f.

[8] Zachariä in Gött. Gel.-Anz. 1861, 114. Laband, Archiv LII. 182 nimmt bei der Expropriation zwei einseitige Rechtsverhältnisse an, nämlich den Eigenthumsübergang kraft Gesetzes in Folge eines einseitigen Staatsaktes und eine in unmittelbarer Folge davon entstehende einseitige Forderung des Expropriirten auf Erstattung des Werthes.

[9] Wassergesetz Art. 6: „Die Entziehung des Flußbettes bildet in keinem Fall einen Gegenstand der Entschädigung." Auch Pözl, Comm. 83 faßt dieß als Expropriation auf.

[10] Wassergesetz Art. 3: „Jeder Fluß oder jeder Theil eines solchen kann durch die Staatsregierung oder mit ihrer Bewilligung in einen öffentlichen umgewandelt werden, indem derselbe zur Schiff- oder Floßfahrt eingerichtet wird." Die Entschließung der Staatsregierung ist an keine Form gebunden Pözl, Comm. 75.

in Kultur gesetzten Anschütte in einem öffentlichen Fluß, indem er sie zur Beförderung der Schiffahrt, zur Regulierung des Flußlaufes oder zum Uferschutz durchstechen oder wegräumen läßt [11].

2. Zwangsenteignung gegen Entschädigung kann ausnahmsweise in der Art verfügt werden, daß die Entschädigung erst nach Vollzug der Abtretung festgestellt und geleistet wird. Als einzelne Anwendungsfälle sind in unseren Gesetzen folgende bestimmt: Fälle öffentlichen Nothstandes, nämlich bei Feuers- und Wassergefahr, Erdbeben und Erdfällen, sowie in Kriegs- und anderer dringender Noth, in denen ohne förmliches Verfahren und ohne Aufhalt jedoch gegen nachträgliche volle Entschädigung die Zwangsabtretung verfügt werden kann [12]; Verwendung von Gemeindegründen oder Privatgründen als Kiesgruben oder Steinbrüche zum Chausseebau [13]; Belastung von Ufergrundstücken mit dem Leinpfad und Beseitigung von Gebäuden zur Herstellung desselben, wenn durch Verfügung der Staatsregierung ein Privatfluß in einen öffentlichen Fluß verwandelt oder wenn dem Flusse mittelst Durchstichs ein neues Bett gegeben wird [14]; Erklärung eines im Privateigenthum stehenden Abrisses in einem öffentlichen Fluß zu Staatsgut [15]; Ablösung des einem Dritten zustehenden Alluvionsrechtes, wenn die Mehrheit der Betheiligten für das gesammte in der Gemeindemarkung liegende Gebiet des Flusses sich dafür erklärt, gegen gerichtlich festzustellende Entschädigung [15a]; Störung oder Aufhebung der bisherigen Benützung des Wassers eines Privatflusses von Seite des Berechtigten durch Verwandlung eines Privatflusses in einen öffentlichen Fluß oder durch

---

[11] Wassergesetz Art. 24. Ist die Anschütte bereits in Kultur gesetzt, so muß sie regelmäßig expropriirt werden vgl. unten Note 26.

[12] Expr. Ges. Art. 1 b.

[13] V. 3/7 1812 Döllinger III. 279. Die fortdauernde Geltung dieser Bestimmung ist Landt. Absch. 17/11 1837 I. C. ausdrücklich vorbehalten. Die Verordnung räumt den Administrativbehörden im Bedürfnißfall allgemein die Befugniß ein, solche Gründe zu verwenden, und ordnet ein besonderes Verfahren zur Feststellung der Entschädigungssumme an.

[14] Wassergesetz Art. 20. Die Verfügung der Staatsregierung ist in diesem Fall an keine Form gebunden vgl. oben Note 10.

[15] Wassergesetz Art. 31. Der Abriß wird von selbst Staatsgut, wenn der frühere Eigenthümer nicht binnen Jahresfrist die Anerkennung seines Eigenthums oder Entschädigungsanspruchs von Seite des Staates erwirkt, oder deßfalls gerichtliche Klage erhebt vgl. unten § 139, 17. Der Staat kann aber einen solchen Abriß, der im Privateigenthum geblieben ist, expropriiren.

[15a] Wassergesetz Art. 23.

Vorrichtungen in einen Privatfluß zur Herstellung oder Erhaltung des normalen Zustandes eines öffentlichen Flusses [16]; Zuweisung von Wasser oder Gefäll eines Privatflusses, das der Berechtigte nicht selbst verwendet, an fremde Grundstücke durch die Kreisregierung [17]; gänzliche oder theilweise Zuweisung des einem Triebwerksbesitzer zugehörigen Wassers eines Privatflusses, das dieser ohne Benachtheiligung seines Gewerbsbetriebs entbehren kann, an benachbarte Grundbesitzer zur zeitweisen Benützung durch die Kreisregierung [18]. Die Entwehrung erfolgt in diesen Fällen durch Verfügung der Administrativbehörde und die Feststellung der Entschädigung theils nach den Vorschriften des Expropriationsgesetzes vom 17. November 1837 [19], theils durch die Administrativbehörden [20] und die Gerichte [21].

3. In allen anderen Fällen setzt die Zwangsabtretung die vorgängige rechtskräftige Feststellung der Verpflichtung auf dem Administrativweg und vorgängige volle Entschädigung voraus. Eine solche Verpflichtung ist für Immobilien und die damit zusammenhängenden Rechte nur begründet zu allen militärischen Zwecken, zur Erbauung und Erweiterung von Kirchen, öffentlichen Schulhäusern, Spitälern, Kranken- und Irrenhäusern, Herstellung neuer oder Erweiterung schon bestehender Gottesäcker, Anlegung neuer und Erweiterung Abkürzung oder Ebnung schon bestehender Staats- Kreis- und Bezirksstraßen, Herstellung öffentlicher Wasserleitungen, Austrocknung schädlicher Sümpfe in der Nähe von Ortschaften, Erbauung von öffentlichen Kanälen Schleußen und Brücken, Erbauung oder Vergrößerung öffentlicher Häfen, Errichtung von Eisenbahnen und Staatstelegraphen, für Vorkehrungen zu wesentlich nothwendigen sanitäts- oder sicherheitspolizeilichen Zwecken und zur Schirmung der Kunstschätze und wissenschaftlichen Sammlungen

---

[16] Wassergesetz Art. 5. Die Verfügung der Staatsregierung ist auch in diesem Fall an keine Form gebunden vgl. oben Note 10.

[17] Wassergesetz Art. 62. Die Zuweisung erfolgt durch Beschluß der Kreisregierung.

[18] Wassergesetz Art. 63. Die Zuweisung erfolgt auch hier durch Beschluß der Kreisregierung.

[19] Dieß erfolgt in den Note 12, 14, 15 und 16 angeführten Fällen.

[20] Dieß ist in der Note 13 angeführten Verordnung vorgeschrieben.

[21] Dieß erfolgt in den Note 17 und 18 aufgeführten Fällen, wobei gerichtliche Entscheidung überhaupt vorgeschrieben nicht aber das im Expropriationsgesetz bestimmte Verfahren als maaßgebend erklärt ist.

des Staats vor Feuers- oder anderer Gefahr [22]; ferner zur Regelung des Laufs und Schiffbarmachung von Strömen und Flüssen [23], nämlich Abtretung oder Belastung unbeweglichen Eigenthums, welches zur Verwandlung eines öffentlichen Flusses in einen Privatfluß sowie zu Vorrichtungen in einem Privatfluß zur Herstellung oder Erhaltung des normalen Zustandes eines öffentlichen Flusses [24] oder zu den von den Betheiligten in Privatflüssen und ihren Nebenzuflüssen zur Erhaltung des normalen Zustandes des Flusses zu treffenden Anstalten [25] erforderlich ist; Durchstechen oder Wegräumen einer in regelmäßige Kultur gesetzten Anschütte zur Beförderung der Schiff- oder Floßfahrt zur Regulirung des Flußlaufes oder zum Uferschutz [26]; Abtretung und Belastung von Grundeigenthum zu Uferschutzbauten [27] und zu Bewässerungs- und Entwässerungsunternehmungen [28]; Beseitigung der mit Erlaubniß der Verwaltungsbehörde innerhalb des Ueberschwemmungsgebietes eines öffentlichen Flusses errichteten Dämme oder ähnlichen Anlagen sowie der mit Erlaubniß der Verwaltungsbehörde an einem öffentlichen Fluß errichteten Triebwerke, Wasserleitungen, Abzugsgräben, Schöpfwerke, Bade- und Waschhäuser oder sonstiger den freien Wasserlauf störender Anlagen im Interesse der Flußcorrection und des Wasserlaufs [29]; Verfügung einer von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Zuleitung Wegleitung oder Abwendung des auf einem Grundstück entspringenden oder darauf sich natürlich sammelnden Wassers durch Auflegung einer entsprechenden Servitut im öffentlichen Interesse [30]; Belastung eines Grundstückes mit der Servitut der Zuleitung oder Ableitung des Wassers behufs der Bewässerung und Entwässerung zum Zweck der Bodencultur [31]. Zwangsweise Abtretung oder Belastung von Wasserkräften kann eintreten bezüglich der mit Erlaubniß der

[22] Expr.-Ges. 1 a.

[23] Expr.-Ges. 1 a. Nr. 5.

[24] Wassergesetz Art. 5.

[25] Wassergesetz Art. 48.

[26] Wassergesetz Art. 24.

[27] Expr.-Ges. 1 a. Nr. 8. Uferschutzgesetz Art. 9.

[28] Bewässerungsgesetz Art. 20. 21.

[29] Wassergesetz Art. 10 und 13.

[30] Wassergesetz Art. 36.

[31] Wassergesetz Art. 89. Für die Feststellung der Verpflichtung zur zwangsweisen Servitutbestellung ist hier ein eignes von dem gewöhnlichen abweichendes Verfahren vorgeschrieben.

Verwaltungsbehörde in öffentlichen Flüssen gemachten Anlagen, wenn der bereits eingeräumte oder nach der Beschaffenheit der verwilligten Einrichtungen erforderliche Wassergebrauch durch neue Anlagen, welche ihrer überwiegenden Gemeinnützigkeit wegen bewilligt werden können, vermindert oder beeinträchtigt, wenn der Wassergebrauch durch Flußcorrectionen oder durch vom Staat angeordnete künstliche Anlagen in dem Flusse bleibend entzogen vermindert oder beeinträchtigt werden soll [32]; zur Erwerbung von Quellwasser für öffentliche Zwecke oder zur Befriedigung eines unabweislichen wirthschaftlichen Bedürfnisses einer Gemeinde [33], durch Bestimmung eines Privatflusses zur Flößerei mit Bloch- oder Scheitholz [34], endlich wenn durch Uferschutzbauten einer Wasserbenützungsanstalt der berechtigte Wassergebrauch gänzlich entzogen oder unter das erforderliche Maaß bleibend vermindert wird [35]. Die Abtretung kann vom Staat, von Gemeinden und denjenigen Gesellschaften und Privaten denen ein darauf bezügliches Recht durch das Gesetz eingeräumt [36] oder denen von der Regierung die Ausführung solcher Unternehmungen gestattet wird, zu deren Gunsten die Zwangsenteignung gesetzlich angesprochen werden kann, verlangt werden [37]. Der Anspruch kann auf Abtretung des Eigenthums oder Begründung einer Dienstbarkeit gerichtet sein, doch hat in dem letzteren Fall, wenn es sich um Bestellung einer Servitut an Immobilien handelt, der Eigenthümer das Recht auf Abtretung des zum Zwecke der Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Theiles seines Grundeigenthums zu bestehen [38]. Zu theilweiser Abtretung kann der Eigenthümer in der Regel nicht gezwungen werden, er hat vielmehr das Recht zu verlangen, daß sich die Entwehrung auf den ganzen in Anspruch genommenen Gegenstand erstrecke; insbesondere ist er nicht verpflichtet die Theilung eines Häusercomplexes oder die Trennung der zu dem Umfang desselben gehörigen Gärten und Hofraithen oder eines Theiles derselben

---

[32] Wassergesetz Art. 13.

[33] Wassergesetz Art. 38.

[34] Wassergesetz Art. 70. Da hier der Privatfluß seine Eigenschaft behält, so ist die betreffende Verfügung als Bestellung einer Dienstbarkeit anzusehen.

[35] Uferschutzgesetz Art. 10.

[36] Fälle sind die oben Note 27, 28, 31 und 35 angeführten.

[37] Expr.-Ges. Art. 4.

[38] Expr.-Ges. Art. 1. s. einen Rechtsfall C.C.E. 30/12 61 Moritz III. 284.

von dem Gesammtcomplex [39] und Trennung der mit dem Entwehrungsgegenstand aktiv verbundenen nutzbaren Rechte [40] zuzugeben. In allen anderen Fällen ist theilweise Expropriation nur dann zuläßig, wenn durch die Theilung die Benützbarkeit des Gesammtgegenstandes nicht geschmälert wird [41].

II. Verfahren. Die Abtretung ohne Entschädigung und die Abtretung mit nachfolgender Entschädigung wird von den competenten Administrativbehörden nach Anleitung der einschlägigen Verordnungen verfügt [42]. Für die Entwehrung nach erfolgter Entschädigung ist ein besonderes Verfahren vorgeschrieben. Die Entscheidung darüber, ob in dem einzelnen Fall die gesetzlichen Voraussetzungen der Zwangsabtretung gegeben seien [43], sowie der Frage ob der Eigenthümer zu theilweiser Zwangsabtretung angehalten werden könne [44], steht bei Contestation [45]

---

[39] Expr.-Ges. Art. 3.

[40] Expr.-Ges. Art. 2, 1.

[41] Expr.-Ges. Art. 3.

[42] Vgl. oben Note 10—18.

[43] Expr.-Ges. Art. 14.

[44] Erk. 23/4 53 Bl. XVIII. 60 und Arends IV. 310 ist ausgesprochen, daß der Einspruch gegen die Zumuthung theilweiser Abtretung in der Verhandlung vor der Distriktspolizeibehörde vorgebracht werden müsse, und wenn dieß versäumt nicht bei dem gerichtlichen Entschädigungsverfahren nachträglich eingelegt werden könne.

[45] Expr.-Ges. Art. 17. Nur wenn der hier vorgeschriebene Versuch einer gütlichen Vereinigung ohne Resultat geblieben ist, wird das weitere Verfahren eingeleitet, wobei für die Feststellung der Pflicht zur Abtretung im Ganzen oder zu Theilen die Administrativbehörden für Feststellung der Entschädigung die Gerichte zu entscheiden haben. Dagegen steht die Entscheidung über die Frage ob der Eigenthümer die Abtretungspflicht überhaupt anerkannt oder die theilweise Abtretung bewilligt habe, den Gerichten zu C.C.E. 1/3 64. Moritz III. 476. Die in Erk. 25/1 67 Bl. XXXII. 203 ausgesprochenene Ansicht, daß nach Bayrischem Landrecht der Miteigenthümer durch einseitige Erklärung über das Vorhandensein des Expropriationsfalles seine Miteigenthümer verbinde, scheint mir schon deßhalb unzuläßig, weil sie sich nur auf Anm. 4 zu L.R. II. 2. 16 „der fünfte Absatz ereignet sich in casu necessitatis vel utilitatis publicae ... weil das natürliche Gesetz selbst mit sich bringt, daß das bonum privatum publico ausweichen müsse" stützt. Abgesehen nämlich davon, daß den Anmerkungen Gesetzeskraft nicht zukömmt, läßt sich die daraus gezogene Folgerung mit dieser Stelle schwerlich begründen, da die Entscheidung, ob der casus necessitatis vel utilitatis publicae vorliege, den Administrativbehörden zusteht, und der Eigenthümer nur darüber vernommen wird, ob er sich gütlich vergleichen wolle oder ob er die Entscheidung der Administrativbehörde erwarte. Da die Lehens-Fidei-

den Administrativbehörden, und zwar der Kreisregierung Kammer des Innern in erster, dem Staatsrath in zweiter und letzter Instanz zu. Hiernach wird, wenn von Seite des Staatsministeriums des Innern die Weisung zur Einleitung des Verfahrens ertheilt ist [46], von der betreffenden Distriktspolizeibehörde eine Ladung an sämmtliche Betheiligte erlassen [47]. Mit Zustellung dieser Ladung entsteht für den Eigenthümer des zur Entwehrung angesprochenen Gegenstandes die Verpflichtung, alle einseitigen Veränderungen, die nicht unter den Gesichtspunkt der nothwendigen Ausbesserung und regelmäßigen Bewirthschaftung fallen, zu unterlassen. Bei Zuwiderhandlung kann er für den Fall der Entwehrung nicht nur keine Entschädigung für die Veränderung ansprechen, sondern auch zur Wiederherstellung des früheren Zustandes oder Vergütung des Minderwerthes angehalten werden, insoferne die getroffene Veränderung erweislich nachtheilig für den neuen Erwerber ist [48]. Kommt bei dieser Tagsfahrt eine gütliche Vereinigung nicht zu Stand [49], so wird nach vorgängiger Instruktion von Seite der Distriktspolizeibehörde [50] durch die Kreisregierung Kammer des Innern in erster und den Staatsrath in zweiter und letzter Instanz das Erkenntniß über die Abtretungspflicht gefällt [51]. Ist nach Einleitung des Expropriationsverfahrens die Eigenthumsabtretung aus irgend einem Grund nicht zu Stand gekommen, so hat der Expropriirende dem Eigenthümer allen aus der Einleitung desselben entstandenen Schaden zu ersetzen [52].

III. Feststellung der Entschädigung. In der Regel [53]

---

commiß- oder Stammgutseigenschaft nach Expr.-G. Art. 1 der Zwangsabtretung nicht entgegensteht, so wird bei Expropriation der jeweilige Berechtigte wie der Eigenthümer behandelt.

[46] Expr.-Ges. Art. 14.

[47] Expr.-Ges. Art. 15.

[48] Expr.-Ges. Art. 12.

[49] Die auf diese Ladung nicht Erscheinenden werden zu einem zweiten Termin unter dem Präjudiz der Zustimmung vorgeladen Expr.-Ges. Art. 15.

[50] Expr.-Ges. Art. 17.

[51] Expr.-Ges. Art. 18.

[52] Expr.-Ges. Art 12. Die Entscheidung über den Schadensersatz steht den Civilgerichten zu E.C.E. 17/1 59 Moritz II. 568; ebenso über die Frage ob der Antragsteller nach erfolgtem Bescheid der Administrativbehörden zurücktreten dürfe E.C.E. 30/12 61 Moritz III. 284.

[53] Die Ausnahmen s. oben Note 9 und 11.

hat der Eigenthümer Anspruch auf Ersatz des vollen Werthes des entwehrten Gegenstandes; die Feststellung ist in einzelnen Fällen den Administrativbehörden überlassen [54], oder den Gerichten ohne nähere Bestimmung zugewiesen [55]; außerdem richtet sie sich sowohl bei Entwehrung mit nachfolgender Entschädigung [56] als bei Entwehrung nach erfolgter Entschädigung nach den Bestimmungen des Expropriationsgesetzes 17/11 1837, nach welchem folgende Grundsätze gelten:

1. In Ermanglung gütlicher Uebereinkunft [57] sind die Gerichte zur Bestimmung der Art und des Betrags der Entschädigung competent [58]. Nach früherem Recht hatten die Untergerichte in erster Instanz den Werthbetrag nach den bestehenden allgemeinen Gesetzen in summarischer Verhandlung zu ermitteln [59], und sodann den Entschä-

---

[54] vgl. oben Note 13.

[55] vgl. oben Note 17, 18 und 21.

[56] vgl. oben Note 12, 14, 15 und 16.

[57] Die von der Administrativbehörde eingeleitete Verhandlung erstreckt sich auf die Herstellung einer Vereinbarung auch rücksichtlich der Entschädigung Expr. Ges. Art. 17.

[58] Einführungsges. zur Proz.-O. Art. 6: „Wenn die Abtretung des angesprochenen Grundeigenthums nicht verweigert wird oder über die Verpflichtung zur Abtretung von der zuständigen Administrativjustizstelle ein rechtskräftiges Erkenntniß erlassen worden ist, unter den Betheiligten aber über die Art oder den Betrag der zu leistenden Entschädigung Streit besteht, so haben die Gerichte hierüber zu entscheiden." Ob durch die Bestimmung des Expr.-Ges. Art. 21 die Tax- und Stempelfreiheit auch für das gerichtliche Verfahren in Expropriationssachen bestimmt sei, war früher zweifelhaft, ist jedoch durch M.E. 7/2 58 anerkannt, s. Z. A.V. VI. 299.

[59] Expr.-Ges. Art. 19: „Die Sache summarisch zu verhandeln, insbesondere eine gerichtliche Werthschätzung des angesprochenen Eigenthums den bestehenden allgemeinen und den im gegenwärtigen Gesetz ertheilten besonderen Vorschriften gemäß zu veranstalten, den wahren Werth desselben und des hiebei obwaltenden Interesses zu ermitteln und darüber nach den Gesetzen zu entscheiden." Bestritten war, wie bei der Ernennung der Sachverständigen zu verfahren sei. Während Seuffert, Comm. III. 327, 34 a und Bl. IX 21, 6 dann ein Aufsatz Z. f. G.G.R.Pfl. II. 232 sowie A.E. Bl. VIII. 268, 3/2 43 Arends I. 95, 24/10 43 Arends I. 97 und O.A.E. 18/12 52 Bl. XVIII. *11 die Bestimmungen der G.O. XII. 3 für anwendbar erklärten und daher die Ernennung der Sachverständigen dem Richter zusprachen, ging eine andere Meinung dahin, daß für das Verfahren die Bestimmungen der Proz. Nov. 1837 § 87 maaßgebend die Sachverständigen demnach von den Partheien vorzuschlagen seien. O.A.Erk. 20/3 40 Arends IV. 305; A.E. 3/12 47 Arends V. 192 und O.A. Erk. 12/8 44 Z. f. G.G. II. 234; 9/12 59 Bl. XXIII. 145.

digungsbetrag richterlich festzustellen [60], wobei den Betheiligten die Berufung innerhalb 30 Tagen freistand und zwar an das Obergericht in jedem Fall, an den obersten Gerichtshof nur unter Voraussetzung des Vorhandenseins der Berufungssumme [61]. Nach der neuen Prozeßordnung dagegen erfolgt die Feststellung auf Klage eines Betheiligten vor dem Bezirksgericht in dessen Sprengel das abzutretende oder zu belastende Grundeigenthum liegt, und es kommen bezüglich des Verfahrens und der Rechtsmittel die Bestimmungen der neuen Proceßordnung zur Anwendung [62].

2. Die Entschädigung für Abtretung des Eigenthums begreift den gemeinen Werth des abzutretenden Gegenstandes [63], den Betrag der Entschädigung des Pächters oder sonstigen Nutzungsberechtigten [63a] und der Nebenschäden. Als solche kommen in Betracht nur die durch die Abtretung selbst entstehenden Nachtheile [64], namentlich Ersatz des Mehrwerths den der abzutretende Gegenstand durch seinen Zusammenhang mit anderen Eigenthumstheilen oder seine bisherige Benützungsweise für den Eigenthümer hat [65], der Werthminderung, welche durch die Abtretung dem übrigen Grundbesitz desselben Eigenthümers zu-

---

[60] Erk. 29/5 53 Bl. XVIII. 394 und 18/12 52 Bl. XVIII. *11 sprechen aus, daß der Richter bei Festsetzung der Entschädigungssumme nicht an die Angaben der Sachverständigen gebunden sei, daß ihm diese vielmehr nur als Anhaltspunkt bei der richterlichen Entscheidung zu dienen haben, s. auch Z. f. G.G. R.Pfl. II. 233 und O.A.E. ebenda 250.

[61] Expr.-Ges. Art. 20.

[62] E.G. Art. 6.

[63] Expr.-G. Art. 5, 1. Ueber die Bedeutung dieses Ausdrucks vgl. den Aufsatz: Wie ist der gemeine Werth einer Sache auszumitteln? Bl. IX. 17—22. Hier ist als gemeiner Werth der Preiß erklärt, welcher gemeinhin für die Sache bezahlt wird. Vgl. auch Erk. 18/12 52 Bl. XVIII. 150 wo ausgesprochen ist, daß nicht der Preiß, für welchen die Sache in früherer Zeit verkauft wurde, sondern die Ertragsfähigkeit des Objekts den nächsten Anhaltspunkt der Bestimmung bilden, und Erk. 29/3 53 Arends IV. 302, welches entwickelt, daß unter gemeinem Werth nur der dermalige nicht der höhere oder geringere einer früheren Zeit zu verstehen sei.

[63a] Expr.-Ges. Art. 5, 3.

[64] Nach Erk. 9/12 50 Arends III. 414 sind als Nebenschäden nur die aus der Abtretung selbst entstehenden nicht die erst in Folge des die Abtretung veranlassenden Unternehmens sich ergebenden Nachtheile anzusehen.

[65] Expr.-Ges. Art. 5, 2 a. Nach Erk. 9/12 59 Bl. XXVI. 415 kann der gemeine Werth mit Nebenschäden bei theilweiser Abtretung eine quantitativ größere Summe betragen als der gemeine Werth der ganzen Sache.

geht [66], Ersatz des daraus entstehenden Erwerbsverlustes, der jedoch 30 % des Schätzungswerthes der Sache nicht übersteigen darf [67], und Ersatz für die Früchte, deren Ernte durch die Zwangsabtretung gehindert wird [68], nicht aber Ersatz für den Entgang höchstpersönlicher Vortheile [69], für die Werthserhöhungen, welche dem Gegenstand erst in Folge des die Abtretung veranlassenden Unternehmens zuwachsen oder zuwachsen konnten [70], und für die Veränderungen, welche der Eigenthümer nach Zustellung der Ladung zum Verhandlungstermine einseitig vorgenommen hat [71]. Die Entschädigung für nutzbare Rechte, welche der Expropriant mit dem Gegenstand übernimmt oder die von dem Gegenstand abgelöst werden, besteht bei ständigen Renten in dem dreißigfachen Betrag des jährlichen Reinertrags [72], bei Nutzungs- und Servitutsrechten in dem durch besondere Schätzung ermittelten Betrag [73]. Die Entschädigung für zwangsweise Beschwerung des Grundeigenthums mit einer Dienstbarkeit wird durch richterliches Ermessen bestimmt [74].

3. Die Verpflichtung zur Entschädigung geht auf Leistung der durch Uebereinkunft oder rechtskräftiges Erkenntniß bestimmten Geldsumme [75] mit Zinsen vom Tag der Abtretung an [76].

IV. Der Eigenthumsübergang. Die Abtretung oder Belastung wird nach baarer Zahlung der Entschädigung sammt Kosten vollzogen [77]. Ist die Entschädigung im ersten Rechtszug durch ein

---

[66] Expr.-Ges. Art. 5, 2 b.

[67] Expr.-Ges. Art. 5, 2 c.

[68] Expr.-Ges. Art. 5, 2 d.

[69] z. B. gesunde Lage eines Gartens Erk. 1/3 53 Arends IV. 302.

[70] Expr.-Ges. Art. 9.

[71] Expr.-Ges. Art. 12.

[72] Expr.-Ges. Art. 6, 1. Für die jetzt durch das Ablösungsgesetz beseitigten unständigen Renten wurde der fünfundzwanzigfache Betrag des nach einer besonderen Durchschnittsberechnung sich ergebenden Reinertrags erlegt. Expr.G. Art. 6, 2.

[73] Expr.-Ges. Art. 6, 3.

[74] Expr.-Ges. Art. 8.

[75] Expr.-Ges. Art. 10, 11 und 20. In Erk. 8/1 51. Bl. XVII. 128 ist ausgesprochen, daß der Expropriirte nicht das Recht habe eine Entschädigung in Renten zu verlangen.

[76] Expr.-Ges. Art. 20. Erk. 28 10 54 Bl. XXII. 192.

[77] Expr.-Ges. Art. 20; Einf.-Ges. Art. 6. Der baaren Zahlung steht gerichtliche Hinterlegung in den Fällen gleich, wo ein Hinderniß der Annahme auf

Urtheil festgestellt, gegen welches Einspruch nicht stattfindet, so muß die Abtretung ohne Rücksicht auf Berufung erfolgen, wenn der Abtretungsberechtigte die festgestellte Entschädigung sammt Kosten, soweit der Betrag unbestritten ist, baar bezahlt, den Rest aber gerichtlich hinterlegt, und gegebenen Falls außerdem für die dem Abtretungspflichtigen im höheren Rechtszug etwa weiter zuerkannt werdende Entschädigung sammt Zinsen und Kosten Sicherheit leistet, welches letztere hinwegfällt, wenn der Abtretungsberechtigte der Staat ist [78]. Mit der Abtretung oder zwangsweisen Dienstbarkeitsbestellung erlöschen die auf dem abgetretenen Gegenstand eingetragenen Hypotheken und Dispositionsbeschränkungen, und die Forderungen, für welche sie bestellt waren, gehen auf die Entschädigungssumme über [79]. Reicht die Entschädigung zur vollständigen Befriedigung der vorhandenen privilegirten und Hypothekgläubiger nicht aus, und ist auch zwischen den Betheiligten eine Vereinbarung nicht zu Stand gekommen, so kann jeder Betheiligte fünfzehn Tage nach rechtskräftiger Feststellung der Entschädigung die Einleitung des Vertheilungsverfahrens veranlassen [80]. Bei zwangsweiser Bestellung einer Dienstbarkeit bestehen die hypothekarischen Forderungen und Dispositionsbeschränkungen, insoweit sie aus der Entschädigungssumme nicht befriedigt oder beseitigt werden konnten, auf dem nunmehr mit der Dienstbarkeit beschwerten Grundeigenthum fort [81]. Das Eigenthum geht auf den Expropriirenden über, ohne daß es der zur Uebertragung des Eigenthums bei freiwilliger Veräußerung erforderlichen Formen bedürfte [82]. Ist nach erfolgter Abtretung das

---

Seite des Expropriirten vorliegt. Expr.-Ges. Art. 10. vgl. Lenggrießer Comm. zum E.G. S. 21, 8.

[78] Einf.-Ges. Art. 6.

[79] Expr.-Ges. Art. 11.

[80] Einf.-Ges. Art. 6.

[81] Expr.-Ges. Art. 11.

[82] Dieß ist die gewöhnliche Meinung, namentlich wird Tradition zum Eigenthumsübergang auf den Exproprianten nicht für erforderlich geachtet. Thiel, Expropriation 7. Koch, Eisenbahnen I. 33. Koch, Recht der Forderungen III. 719. Förster, P. P.R. § 132, 40. Treichler, Z. f. D. R. XII. 144. Häberlin, A. XXXIX. 206. Laband, A. LII. 175. Erk. Berlin 1/5 57 Entscheidungen 35, 390. A. M. Meyer, Expropriation 240; s. dagegen Laband, A. LII. 175, 38. Die erstere Meinung ist für Bayern allein anwendbar, da hier der für vertragsmäßige Eigenthumsübertragung bestehende Verbriefungszwang auf die Zwangsenteignung nicht ausgedehnt ist Zink, Comm. zum Not.-Ges. 431. Umschreibung in den öffentlichen Büchern, wo diese vorgeschrieben ist, wird dadurch

Unternehmen selbst rückgängig geworden, so ist der frühere Eigenthümer befugt, gegen Rückgabe des empfangenen Preises sein Eigenthum zurückzuverlangen [83].

§ 142.

III. Retrakt [1].

Nach älterem deutschen Recht war der Eigenthümer in der Veräußerung von Immobilien durch die Rechte des nächsten Erben in der Art beschränkt, daß dieser die ohne seine Einwilligung vollzogene Veräußerung bei Eintritt der Vererbung anfechten konnte [2]. Diese Beschränkung war weder allgemein für alle Stammesrechte begründet [3], noch erstreckte sie sich auf alle Immobilien [4]. Die Erblosung, wie sie in der Folge genannt wurde, gab zweifellos Veranlassung zu der Entstehung des Rechtsinstituts, das sich in der Folge auch auf andere Verhältnisse, namentlich lehenherrliche und gutsherrliche Abhängigkeit [5], die Beziehungen der Grundstücke einer Feldmark (Marklosung) [6], des Eigenthums benachbarter (Nachbarlosung) oder getheilter Grundstücke (Theillosung) und des ungetheilten Miteigenthums [7] ausdehnte [8]. Alle

---

nicht ausgeschlossen; vgl. Erk. 27/7 57 Bl. XXII. 359 hinsichtlich der Umschreibung im Hypothekenbuch.

[83] Expr.-Ges. Art. 12.

[1] Walch, das Näherrecht Jena 1795. Renaud, zur Lehre vom Näherrecht, Z. f. D. R. VIII. 240. Heimbach, Vorkaufsrecht und Retrakt, R.L. XIII. 259. Laband, die rechtliche Natur des Retrakts und der Expropriation A. f. C.Pr. LII. 185 f. Förster, P. P.R. § 189.

[2] Renaud, Z. f. D. R. VIII. 242.

[3] Schröder, zur Geschichte des Warterechts der Erben Z. f. R.G. IX. 410—421 weist nach, daß das Einspruchsrecht der Erben bis zum 15. Jahrhundert dem ripuarischfränkischen Recht völlig unbekannt war.

[4] Ziemlich allgemein war in der Zeit nach den Rechtsbüchern die Erblosung auf ererbte Immobilien beschränkt. Die späteren Statuten dehnten sie wieder aus. Renaud, Z. f. D. R. VIII. 243, 7. Beseler, Pr.R. § 124, 6.

[5] Beseler, P.R. § 124, 20.

[6] Beseler, P.R. § 124, 12.

[7] Beseler, P R. § 124, 16.

[8] Renaud VIII. 243. Laband, Archiv 167, 10. A. M. Beseler, P.R. § 124, 12, der die verschiedenen Retraktrechte selbstständig entstehen läßt und Gengler, Lehrbuch 384, der das Näherrecht aus dem Longobardischen Recht ableitet.

diese verschiedenen Arten des Retrakts fanden sich auch in den bayrischen Statuten [9], sind jedoch durch die neuere Gesetzgebung beseitigt, und es ist hier nur ein Vorkaufsrecht des Theilhabers an einer Gemeinschaft bei Veräußerung des Antheils eines anderen Theilhabers an einen Fremden vorbehalten [10]. Die Geschichte der Entstehung dieser gesetzlichen Bestimmung läßt es als zweifelhaft erscheinen, ob dadurch das in einzelnen Rechtsgebieten noch bestehende Retraktrecht des Miteigenthümers aufrecht erhalten und weiter ausgedehnt oder ob dadurch unter Abschaffung der einzelnen Partikularrechte ein neues Vorkaufsrecht des Miteigenthümers habe eingeführt werden sollen [11]. Der ersteren An-

---

[9] Die gesetzlichen Bestimmungen sind folgende: Bayr. L.R. IV. 5; Salzburg, Einstandsordnung 31/12 1801 Zauner, Sammlung 285; F. Augsburg V. 10/3 1660 Weber IV. 25; Rettenberg, L.O. § 16; F. Kempten, V. 18/12 1641 und 17/9 1792 Sammlung 278 und 348; Kaufbeuern, Dekr. 1677 Weber IV. 584; St. Kempten. St. VI. 21—24 Weber IV. 705; Lindau, Satz und Ordnung von denen Anstands- Zug- oder Näherrechten 27/1 1738; Bamberg, V. 5/2 1593 und 9/2 1800 Weber I. 829; Bayreuth, L.Const. VI. Arnold II. 211; Thurnau, V. 3/8 1775 Weber I. 1053; Eichstädt, V. 3/9 1750 und 29/4 1751 Arnold II. 387; Ansbach, Feuerordnung 22/9 1760 Arnold II. 126; Hohenlohe, L.R. III. 5 Arnold II. 447; Pappenheim, V. 1738 Arnold II. 558; Schwarzenberg, V. 21/10 1715 Arnold II. 615; Nürnberg, Dekr. 13/9 1701 und 28/4 1702 Sammlung 555; Dinkelsbühl, St. I. 6 Arnold II. 313; Weißenburg Arnold II. 728; Mainz, L.R. XXIV; Fulda, V. 3/7 1753; Solms, L.O. II. 12; Erbach, U.G.O. XVII. Beck 104; Würzburg, V. 30/7 1750 M.S. II. 585; Schweinfurt, Sammlung 266; Pr. L.R. I. 20. 568—657. Das Preußische Edikt 9/10 1807, welches den größten Theil der landrechtlichen Bestimmungen aufhob, war für die Markgrafenthümer nicht mehr bestimmend.

[10] Landt.-Absch. 10/11 61. III. § 28, 2: Alle Arten des gesetzlichen Retrakts- Näher- Anfall- Abtriebs- oder Zugrechts sowie das Reunions- und Redintegrationsrecht sind aufgehoben. Nicht begriffen hierunter ist das auf letztem Willen oder Vertrag beruhende Vorkaufsrecht. Auch steht dem Theilhaber an einer Gemeinschaft bei Veräußerung des Antheils eines andern Theilhabers an einen Fremden das Vorkaufsrecht zu. Vgl. Völderndorff, Comment. in Dollmann G.G. I. 3. 332 f. Das gesetzliche Vorkaufsrecht der Theilhaber einer Gemeinschaft, Z. f. R. III. 305. Ueber das Vorkaufsrecht der Theilhaber einer Gemeinschaft Z. f. R. V. 340.

[11] Der gesetzlichen Bestimmung des L.T.A. 10/11 61 liegt ein Antrag des Abgeordneten M. Barth zu Grund, auf welchen nach Vortrag des Abg. Arnheim Verh. 1861 Beil. V. 53 von der K. d. A. 17/6 1861 Aufhebung der Retraktrechte mit Ausnahme der bestehenden Vorkaufrechte der Miteigenthümer zu beantragen beschlossen wurde, Berichte I. 456 f., während die K. d. R.R. auf Vortrag des R.R. v. Bayer B.Beil. B. III. 290 diesen Vorbehalt auf ganz

sicht steht schon der Umstand entgegen, daß die bayrischen Statuten verschiedene unter sich abweichende Bestimmungen über das Einstandsrecht der Miteigenthümer enthalten, und gar nicht abzusehen ist, welche derselben mit Beseitigung der andern nach dieser Ansicht habe eingeführt werden sollen [12]; überdieß steht aber sowohl der Wortlaut [13] als der

Bayern also auch auf diejenigen Rechtsgebiete auszudehnen vorschlug, in welchen bisher ein gesetzliches Vorkaufsrecht nicht bestand, was sodann in dem dem Gesetz zu Grund liegenden Gesammtbeschluß Verh. d. K. d. A. IV. 129 angenommen wurde.

[12] Nach Salzburg V. 31/12 1801 Zauner, Sammlung 285 steht das Einstandsrecht nur den Miteigenthümern unbeweglicher Sachen binnen 2 Monaten vom Kaufabschluß an zu, und muß bei Mengekauf auf alle Gegenstände sich erstrecken. Nach F. Kempten V. 18/11 1641 Sammlung 278 steht den Gesellschaftern vor allen Verwandten anderen Miteigenthümern nach den Verwandten ein binnen 4 Wochen geltend zu machendes Einstandsrecht an unbeweglichen Sachen zu. Nach St. Kempten St. VI. 21—25 Karrer 358 steht der Anfall den Theilnehmern eines Hauses oder Herberge und den Mitinhabern eines gemeinschaftlichen Gutes zu, mit Bevorzugung des Meistbetheiligten und der Männer vor den Weibern und zweijähriger Unverkäuflichkeit. Nach der Lindauer O. v. Näherrecht 27/1 1738 § 10 steht den Miteigenthümern eines Immobiles ein binnen 4 Wochen von der Protokollirung geltend zu machendes Zugrecht zu, das bei Mengekauf alle Gegenstände umfaßt, wobei der Retrahent eidlich bekräftigen muß, daß er den Abtrieb nicht zum Behuf der Weiterveräußerung ausübe. Nach der Bayreuther L.Const. VI. 5 Arnold II. 212 steht den Miteigenthümern an unbeweglichen und beweglichen Sachen ein binnen 3 Monaten von erlangter Wissenschaft an geltend zu machendes Retraktrecht zu. Nach Ansbach Feuerordnung 22/9 1760 Arnold II. 126 steht nur den Miteigenthümern von Häusern ein Einstandsrecht zu. Nach Hohenlohe L.R. III. 5. 9, 10, 14, 18, 23 steht Miteigenthümern von Immobilien ein binnen 30 Tagen von der Kenntnißnahme geltend zu machendes Retraktrecht mit Bevorzugung des Meistbetheiligten und Befugniß der Ausscheidung der retraktpflichtigen Sachen bei Mengekauf zu. Nach Pr. L.R. I. 20. 631 hat der Miteigenthümer ein Näherrecht nur an Immobilien und zwar nur dann, wenn ihm der Verkauf nicht in der durch das Gesetz bestimmten Weise notificirt worden ist, wobei dem Retrahenten beim Mengekauf Ausscheidung der belasteten Sache zusteht. Die Statuten von Weißenburg Erbach und Schweinfurt, welche gleichfalls das Retraktrecht des Miteigenthümers kennen, geben keine nähere Bestimmungen. Die Vorschrift Dinkelsbühl, St. I. 6. 4 Arnold II. 314 kann nach meiner Ansicht nicht als ein Retraktrecht begründend angesehen werden. Die von Völdernborff, Comm., Dollmann, G.G. I. 3. 348 und dem Aufsatz in Z. f. Not. III. 306 ausgesprochene Meinung, daß hauptsächlich auf das Preußische Landrecht Rücksicht zu nehmen dieses gleichsam als subsidiäres Recht anzusehen sei, entbehrt der Begründung, s. Z. f. Not. V. 340.

[13] Der Wortlaut: „Auch steht dem Theilhaber ... das Vorkaufsrecht zu“

Inhalt [14] des Gesetzes dieser Auffassung entgegen. Ebensowenig kann ich mich aber der Meinung anschließen, daß der Gesetzgeber einerseits die Erhaltung der Vorschriften der einzelnen Rechtsgebiete [15] und andererseits die Einführung eines davon zu unterscheidenden gemeinsamen Instituts in den übrigen Landestheilen, deren Gesetzgebung den Retrakt des Miteigenthümers bisher nicht kannte, beabsichtigt habe, da der Inhalt des Gesetzes die ersteren ganz zweifellos modificirt hat [16]. Soweit es möglich ist, aus den wenig umfassenden Mittheilungen über die Verhandlungen auf die Absicht des Gesetzgebers zu schließen, scheint vielmehr die Rücksicht auf die entsprechende Bestimmung des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs maaßgebend gewesen zu sein [17]. Für das hiernach eingeführte Retraktrecht des Miteigenthümers scheinen mir hiernach folgende Grundsätze maaßgebend zu sein:

---

deutet nicht darauf hin, daß das bestehende Vorkaufsrecht erhalten werden sollte, er läßt vielmehr entnehmen, daß die Einführung eines neuen Rechtssatzes beabsichtigt war.

[14] Das Gesetz führt ein allgemeines also auch auf Mobilien sich erstreckendes Retraktrecht ein, und steht dadurch mit allen Note 11 aufgeführten Statuten mit Ausnahme der Bayreuther Landesconstitution in Widerspruch. Auch die dem Gesammtbeschluß 25/10 1861. Verh. d. K. d. A. IV. 130 vorangehende Aeußerung des Referenten: „Der Ausschuß hat nicht geglaubt der Kammer der Reichsräthe entgegen treten zu müssen, weil der Antrag allerdings auf Billigkeit beruht, weil ferner gleiches Recht für alle Provinzen diesseits des Rheins geschaffen wird ...“ spricht dafür, daß nach der Meinung des Referenten ein neues Rechtsinstitut in ganz Bayern eingeführt werden sollte.

[15] Von dieser Auffassung geht der O.G.H. aus, Erk. 20/1 63 Bl. XXVIII. 171 und XXX. 145; 14/1 68 Bl. XXXI. 391; 24/8 69 Bl. XXXV. 50. In dem zweiten dieser Erkenntnisse ist gesagt: daß der Landtagsabschied von 1861 sich nur damit befaßt habe, das Retraktrecht auf engere Grenzen zurückzuführen, und nach der Entstehungsgeschichte des Gesetzes angenommen werden müsse, daß das Vorkaufsrecht eines Miteigenthümers da, wo solches nach den bestehenden Priovinzialrechten bereits in Geltung gewesen sei, aufrecht erhalten, dagegen in jenen Landestheilen, wo solches nicht der Fall war, ebenfalls als statthaft erklärt worden sei.

[16] Nach dem Gesetz erstreckt sich das Vorkaufsrecht auf alle also auch auf bewegliche Sachen, während die oben Note 12 aufgeführten Statuten mit Ausnahme des Bayreuther Rechts dasselbe nur bei unbeweglichen Sachen zulassen.

[17] In dem Vortrag des R.R. v. Bayer, Verh. Beil.B. III. 291 ist Bezug darauf genommen, daß die vorgeschlagene Art des Vorkaufsrechts in dem Entwurf II. 590 allgemein vorgeschrieben sei. Dort heißt es: „Im Falle des Verkaufs steht jedem der übrigen Theilhaber ein gesetzliches Vorkaufsrecht zu, welches nach den Art. 384—388 zu beurtheilen ist.“

1. Den Theilhabern einer gemeinschaftlichen unbeweglichen oder beweglichen Sache [18] oder eines gemeinschaftlichen Rechts [19], bezüglich deren die Veräußerung der einzelnen Antheile nicht an sich durch das Gesetz ausgeschlossen ist, steht bei Veräußerung an einen Fremden das gesetzliche Vorkaufsrecht zu. Dieses Recht wird von den einen auf ein obligatorisches Verhältniß zurückgeführt [20], von den anderen als ein dingliches Recht angesehen [21], ist aber richtiger als die durch das Gesetz dem Retrahenten eingeräumte Befugniß zu bezeichnen, das verkaufte Objekt oder Recht gegen Ersatz des Kaufpreißes einseitig sich anzueignen [22].

2. Voraussetzung ist Veräußerung des gemeinschaftlichen Gegenstandes an einen Fremden. Gemeinrechtlich ist das Retraktrecht nur bei Verkauf begründet [23]. Dieß muß auch für das vorliegende Gesetz als geltende Regel angenommen werden, obwohl dieses den allgemeinen Ausdruck Veräußerung gebraucht, weil es als allgemeine Voraussetzung des Retraktrechts erscheint, daß es nur da angewendet werden kann, wo ein Eintreten des Retrahenten in die Stelle des Käufers möglich ist [24]. Bei dem s. g. Mengekauf, d. h. wenn retraktpflichtige und nicht retraktpflichtige Objekte unausgeschieden verkauft werden, kann der Retrahent Ausscheidung der retraktpflichtigen Objekte und der Preisbestimmung dafür verlangen [25].

---

[18] Nach dem Wortlaut des Gesetzes: „auch steht dem Theilhaber einer Gemeinschaft ... das Vorkaufsrecht zu .." ist die Beschränkung auf Immobilien, die bisher gemeinrechtlich und nach den meisten Statuten begründet war, nicht zuläßig, s. Völdernborff, Comm. 344. Es entspricht dieß auch der Auffassung in Entwurf II. 384, wo für Sachen im allgemeinen das Vorkaufsrecht geregelt ist.

[19] Dieß ist eine Consequenz des Note 18 ausgeführten, vgl. auch Z. f. R. III. 306.

[20] Die Vertheidiger dieser Ansicht zählt Gengler, Lehrbuch 385, 25 auf. Eine Beurtheilung dieser Auffassung s. bei Laband, Archiv LII. 152—160.

[21] Diese Meinung war bisher die am weitesten verbreitete, s. Gengler, Lehrbuch 385, 25. Ueber diese Ansicht vgl. Laband, Archiv LII. 162—165.

[22] Laband, A. f. C.Pr. LII. 189, der mit Recht das bei dem Retrakt vorliegende mit dem Rechtsverhältniß bei der Expropriation auf eine Linie stellt.

[23] Beseler, Pr.R. § 125, 21. Förster, P. P.R. § 189, 32.

[24] Erk. Celle 30/3 59 Sf. XIII. 109.

[25] Erk. Jena 28/8 39 Sf. XV. 236; 26/2 62 Sf. XVII. 81. Beseler, Pr.R. § 125, 22. Nach Preußischem Recht ist die Frage bestritten, da die Bestimmung L.R. I. 20. 607 nicht klar ist. Förster, P. P.R. § 189, 37. Erk.

3. Das Retraktrecht hindert an sich nicht den Uebergang des Eigenthums auf den Käufer; der Retrahent kann jedoch die Abtretung desselben gegen Erfüllung aller Bedingungen, unter welchen das Objekt von dem Miteigenthümer verkauft worden ist, von jedem Inhaber ansprechen [26].

4. Das Gesetz hat keine Bestimmungen darüber, binnen welcher Frist der Retrahent sein Recht geltend machen könne. Gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, daß die Befugniß binnen Jahr und Tag von dem Zeitpunkt an, wo der Retrahent Kenntniß von der Veräußerung erhalten hat, geltend zu machen sei [27], und in Ermanglung näherer Festsetzung ist dieß auch für unser Recht als maaßgebend anzusehen. Nur um den Zeitpunkt der Wissenschaft zu bestimmen dient das Angebot an den Retrahenten, zu welchem übrigens der Veräußerer nicht verpflichtet ist [28].

§ 143.

IV. Verarbeitung [1].

Gemeinrechtlich wird derjenige, der in gutem Glauben [2] fremden Stoff zu einer neuen Sache verarbeitet, Eigenthümer derselben, wenn

---

20/1 63 Bl. XXVIII, 176 und XXX. 145 und 14/1 68 Bl. *XXXII. 392 geht von der Ansicht aus, daß nach Preußischem Recht bei Mengekauf der Retrahent alle Kaufsobjekte übernehmen müsse. Nach der oben gegebenen Ausführung halte ich indessen die Bestimmungen des Preußischen Landrechts in Bayern nicht mehr für anwendbar.

[26] Beseler, P.R. § 125, 27.

[27] Renaud, Z. f. d. R. VIII. 280. Beseler, Pr.R. § 125, 29. Erk. Celle 24/5 53 Sf. IX. 199; 19/2 56 Sf. XI. 274.

[28] Die von Völderndorff, Comm. 348 aufgestellte Meinung, daß der Verkäufer zum Angebot an den Retrahenten verpflichtet sei, beruht nur auf der von mir nicht anerkannten Voraussetzung der subsidiären Geltung der Bestimmungen des Preußischen Landrechts.

[1] Vgl. Fitting, Specification A. f. C.Pr. XLVIII. 1. 149 f. Gesterding, Eigenthum 255. Schmid, Handbuch I. § 11. Pagenstecher, Eigenthum II. 113 f. Windscheid § 187. Förster, P. P.R. § 176.

[2] s. Fitting, Archiv 335. Windscheid § 187, 3. Arndts § 155, 3. A. M. Seuffert, Pandekten § 131, 5 und Pagenstecher, Eigenthum II. 117, der guten Glauben nicht für erforderlich hält. Der ersteren Meinung schließt sich an Bayr. L.R. II. 3. 14. Nr. 3. „Ist aber bemelte neue Species wissentlich und mala fide verfertigt worden, so gehört sie nicht dem Verfertiger sondern dem Eigenthümer der Materie zu."

die Sache nicht wieder in ihre frühere Gestalt gebracht werden kann, außerdem bleibt sie dem Eigenthümer des Stoffes [3]. Hat jemand eine Sache theils aus eignem theils aus fremdem Stoff verfertigt, so wird er, falls er in gutem Glauben war [4], auch dann Eigenthümer, wenn die Sache wieder in ihre frühere Gestalt gebracht werden kann [5], haftet aber dem ursprünglichen Eigenthümer auf den Betrag des Werthes der verarbeiteten Sache [6]. Nach Preußischem Landrecht dagegen fällt das Eigenthum der verarbeiteten Sache immer an den gutgläubigen Verfertiger. Dieser muß aber dem Eigenthümer der Materie nach dessen Wahl ebensoviel Materialien von gleicher Art und Güte zurückgeben, oder den Werth der Materialien nach dem höchsten Preiß zur Zeit der Verarbeitung ersetzen, und ist zum Schadensersatz verpflichtet [7]. War der Verfertiger in bösem Glauben, so wird der Eigenthümer des Stoffes Eigenthümer der Sache, und hat nur eine an den Fiskus fallende Vergütung des Arbeitslohnes zu leisten [8].

---

[3] § 25. J. 2. 1. Dieß ist die Entscheidung Justinians, während im älteren Recht neben dieser sich noch zwei andere Meinungen geltend machten, daß das Eigenthum immer dem Herrn des Stoffs oder immer dem Arbeiter gehöre s. Fitting Arch. 150 f. Die gemeinrechtliche Bestimmung hat Bayr. L.R. II. 3. 14.

[4] Fitting, Archiv 343, 128. Windscheid § 187, 4. A. M. Arndts § 155, Anm. 3. Der ersteren Meinung schließt sich Kreittmayr an vgl. Note 5.

[5] Fitting, Archiv 316. Windscheid § 187, 4. A. M. Seuffert, Pandekten § 131, 4 und Arndts § 155, 2. Der ersteren Meinung schließt sich Kreittmayr an Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 3. 14. „Dieses alles greift auch Platz, wenn gedachte Materie theils fremd theils eigen gewesen, und hat man solchenfalls auf obigen Unterschied ob sich nova species in priorem formam reduciren lasse oder nicht keineswegs mehr zu sehen, denn es wird das dominium sowohl ein als andern Falls a specificante acquirirt, sofern es nur proprio nomine und bona fide dabei zugegangen ist.

[6] Fitting, Archiv 346 f. Windscheid § 187, 6. Arndts § 155, 4. Bayr. L.R. II. 3. 14. Nr. 2: „Dagegen muß derjenige, welchem die Materie gehört hat, um den wahren Werth derselben nach unpartheiischem Anschlag befriedigt werden."

[7] Pr. L.R. I. 9. 304—306. Förster, P. P.R. § 176, 18.

[8] Pr. L.R. I. 9. 299. 300. Förster, P. P.R. § 176, 21. Der Entwurf III. 113 spricht das Eigenthum der verarbeiteten Sache immer dem Verfertiger zu.

§ 144.

V. Erwerb der Früchte einer fremden Sache [1].

Das Recht auf Beziehung der Früchte einer Sache kann dauernd dem Nichteigenthümer zustehen oder von einem solchen ausgeübt werden. Bezüglich der Erwerbung der Früchte ist zu unterscheiden:

I. Gemeines Recht. 1. Der Emphyteuta stand im Fruchterwerb dem Eigenthümer gleich, und wurde daher durch die Trennung Eigenthümer der Früchte [2]. Analog findet dieß auf den Lehenmann Anwendung [3].

2. Der Nutznießer wird Eigenthümer der Früchte durch Perception derselben [4].

3. Der Pächter eines Grundstücks wird Eigenthümer der Früchte durch Tradition von Seite des Verpächters [5].

4. Bestritten ist, welches Rechtsverhältniß bei dem bonae fidei possessor anzunehmen sei [6]. Nach gesetzlicher Bestimmung hat er mit der Hauptsache die nicht verzehrten Früchte herauszugeben, ist also

---

[1] Windscheid § 186. Arndts § 156. Förster, P. P.R. § 173. Beseler, P.R. § 89.

[2] l. 25. § 1. D. 22. 1 sicut ejus qui vectigalem fundum habet fructus fiunt simulatque solo separati sunt. Arndts, Z. f. C.R. N. F. III. 392 und R.L. III. 859 und Windscheid § 186. 5 führen dieß darauf zurück, daß dem Emphyteuta ein dingliches das des Eigenthümers ausschließendes Recht zustehe, während die frühere namentlich von Savigny vertretene Ansicht das Recht des Emphyteuta aus seinem juristischen Besitz ableitete. Für die erstere Ansicht entscheidet sich Bayr. L.R. IV. 7. 7. Nr. 1. „Dem Grundholden gehen in Kraft des ihm zustehenden dominii utilis alle von dem Gut abfallende Nutzungen wie sie Namen haben und ohne Unterschied inter fructus civiles et naturales dergestalt zu Guten, daß er mit selben wie mit anderem Eigenthum und Allodial ohne mäniglicher Hinderniß nach Belieben schalten und walten kann."

[3] Mayr, Lehenrecht § 119, 6. Bayr. L.R. IV. 18. 21: „hat der Vasall das Lehengut auf die nämliche Art wie es oben — dem Erbrechter bei dem Erbrechtsgut von Rechtswegen zustehet, allerdings zu benutzen." Lehenedikt 7/7. 1808. § 85: „Dem Lehemann kommt das Untereigenthum mit der vollen Nutznießung des Lehens zu."

[4] l. 22. § 1. D. 25. 1 cum fructuarii ... non fiant antequam ab eo percipiantur. Elvers, Servitutenlehre 488. Windscheid § 186. 5.

[5] Windscheid § 186, 6.

[6] Die Literatur über diese viel verhandelte Streitfrage s. bei Windscheid § 186, 7.

von der Ersatzpflicht für die verzehrten Früchte befreit [7], ohne daß dabei ein Unterschied zwischen von selbst wachsenden und Industrialfrüchten zu machen wäre [8]. Während nun die einen ihn dem Eigenthümer gleichstellen [9], nehmen andere nur bonae fidei possessio an den Früchten bis zur Ersitzung an [10], oder lassen nur interimistisches Eigenthum eintreten, das durch mala fides des Besitzers oder Anstellung der Eigenthumsklage wieder cessire [11].

5. Nach Bayrischem Landrecht wird der Nachbar Eigenthümer der Baumfrüchte, die von den auf seinen Grund hinüber hangenden Aesten abfallen [12].

II. Preußisches Landrecht. Nach diesem werden die Früchte gleich bei ihrem Entstehen Eigenthum der Nutzungsberechtigten [13], zu

---

[7] § 35. J. 2. 1. Si quis a non domino quem dominum esse crediderit bona fide fundum emerit, ... naturali ratione placuit fructus quos percepit esse ejus pro cultura et cura. Et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Bayr. L.R. II. 3. 20. Nr. 3: Soviel aber fremde Güter betrifft, ist unter einem bonae vel malae fidei possessore ein Unterschied, jenem werden zwar regulariter alle fructus percepti oder separati eigen, doch muß er sie dem wahren Eigenthümer, wenn er sich seiner Zeit darum meldet, wiederum restituiren soweit selbe nicht schon consumirt oder verjährt seind. Mainz, L.R. XXXII. 1: Der aber bona fide unwissentlich und in gutem Glauben dergleichen besitzet, der ist nicht verbunden, die Früchte, so durch jährlichen Bau haben müssen erzogen werden, als auch die ohne solchen Bau zu wachsen pflegen, zu erstatten, wann sie von ihm verzehret oder veräußert worden, er seye gleich durch solche Früchte reicher worden oder nicht, eine andere Beschaffenheit aber hat es mit denen annoch auf dem Feld stehenden oder sonsten vorräthigen Früchten, als welche letztere der Besitzer, wann dieselbe nicht durch dreijährige Verjährung eigen gemacht worden, auch zu restituiren schuldig ist.

[8] s. Arndts § 156 b. und Windscheid § 186, 17 gegen Unterholzner, A. f. C.Pr. VIII. 338. Kreittmayr, Anm. Nr. 8 a zu L.R. II. 2. 8.

[9] Arndts § 156 f. Vangerow § 326. Anm. 2. Brinz, Pandekten § 54. Keller, Pandekten § 54. Heimbach, Frucht 211—230. Diese Auffassung ist die des Bayrischen L.R. II. 3. 20 oben Note 6.

[10] Savigny, Besitz 314. Windscheid in Z. f. C.R. IV. 121 und Pandekten § 186, 12.

[11] Marezoll, Z. f. C.R. XVIII. 226.

[12] Bayr. L.R. II. 3. 20. Nr. 3. Manche halten dieß auch jetzt noch für gemeinrechtlich gültig s. Mittermair Pr.R. § 165, 11 und Kreittmayr Anm. zu L.R. II. 3. 20. s. jedoch Beseler, Pr.R. § 89. IV.

[13] Pr. L.R. I. 9. 221: „Die Früchte einer Sache sind gleich bei ihrem Entstehen Eigenthum desjenigen, der das Nutzungsrecht der Sache hat."

denen auch der Pächter gehört [14], und des redlichen Besitzers [15]. Für Bäume gilt das Ueberhangs- und Ueberfallsrecht, wonach die über die Grenze hängenden oder fallenden Früchte Eigenthum des Nachbarn werden [16].

§ 145.

VI. Ersitzung [1].

1. im allgemeinen.

Dem älteren deutschen Recht war die Ersitzung als Erwerbstitel des Eigenthums nicht bekannt, in den älteren Rechtsquellen [2] findet sich vielmehr nur die Verjährung von 31 Jahren 6 Wochen und 3 Tagen für erblose Verlassenschaften [3] und die Erwerbung der rechten Gewere oder Verjährung von Jahr und Tag [4]. Beide sind von Ein-

[14] Nach Pr. L.R. I. 21. 358 steht dem Pächter ein dingliches Recht an der Sache zu, das nur bei gerichtlichem Zwangsverkauf zurücktritt. Förster, P. P.R. § 136 und § 173. 5.

[15] Pr. L.R. I. 7. 189: „Alle während des redlichen Besitzes gezogenen Nutzungen und genossenen Früchte sind und bleiben das Eigenthum eines solchen Besitzers." Ob der redliche Besitzer im Fruchterwerb dem Nutzungsberechtigten in jeder Beziehung gleichstehe, oder dem Eigenthümer gegenüber erst durch Perception die Früchte erwerbe, ist in der preußischen Praxis bestritten; Förster, P. P.R. § 165, 15 f. spricht sich für die erstere Ansicht aus.

[16] Pr. L.R. I. 9. 289: duldet er dieselben, so ist er berechtigt, diejenigen Früchte sich zuzueignen, welche der Eigenthümer nicht einsammeln kann, ohne den Grund des Nachbars zu berühren. 292: Früchte eines an der Gränze stehenden Baumes, welche durch die Gewalt des Windes über die Gränze getrieben werden, ist der Nachbar sich zuzueignen berechtigt. Förster, Pr. P.R. § 174.

[1] Unterholzner, Entwicklung der gesammten Verjährungslehre 2. Auflage bearbeitet von Schirmer, Leipzig 1858. Pagenstecher, Eigenthum II. 229. Schmid, Handbuch I. § 14. Windscheid § 175—183. Unger, Ö. P.R. § 104. Förster, P. P.R. § 177. Beseler, P.R. § 90.

[2] Unterholzner, Verjährungslehre § 21. Eichhorn, D. P.R. § 176. Mittermaier, D. P.R. § 163. Die Spuren der Acquisitverjährung in den älteren deutschen Quellen scheinen auf römisches Recht zurückzuführen.

[3] Ssp. I. 29. vgl. Albrecht, Gewere 117. Laband, vermögensrechtliche Klagen 373. Eichhorn, D. Pr.R. § 176, i. Gengler, Lehrbuch S. 226. Beseler, Pr.R. § 89, 28. Stobbe, Pr.R. § 68, 21.

[4] Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre § 22. Albrecht, Gewere S. 99—120. Stobbe, Gewere in Ersch und Gruber Encyclopädie Sect. I. 65, § 35—40. Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 292—352. Heineccius, de praescrip-

fluß auf die Gestaltung des Rechtsinstituts in den einzelnen Landesrechten gewesen. Während aber das erstere Verhältniß ausschließlich in den Ländern des sächsischen Rechts sich geltend machte, tritt das letztere auch in nichtsächsischen Rechtsgebieten namentlich auch noch jetzt in bayrischen Statuten hervor [5].

Früher ging man von der Ansicht aus, daß Voraussetzung des Eintritts dieser Verjährung die gerichtliche Auflassung sei, und daß es nur als eine Abweichung von der ursprünglichen Einrichtung erscheine, wenn in einigen Statuten das Rechtsverhältniß auch ohne gerichtliche Auflassung als Wirkung des unwidersprochenen Besitzes vorkomme [6]; allein dieß entbehrt der Begründung, da im Gegentheil das Erforderniß gerichtlicher Auflassung erst als eine spätere hauptsächlich in den Städten hervortretende partikularrechtliche Entwicklung erscheint [7]. Vor-

---

tione annali juris Lubecensis in Opera Genf. 1796. II. 881. Schröter J. C., die Verjährung die sich nur auf ein Jahr erstreckt, in Vermischte juristische Abhandlungen Halle 1786. II. 119. Haubold, de origine atque fatis usucapionis rerum mobilium Saxonicae in Opuscula academica II. 47—124. Brehmer, de annali juris Lubecensis praescriptione Jena 1822. Stürmer Ch., de annali rerum immobilium praescriptione Germanica et potissimum Norimbergensi Altorf 1746.

[5] Die unten folgende Darstellung ergiebt, daß die Reste dieses Instituts sich noch in fünf bayrischen Statuten bis jetzt erhalten haben, nämlich dem Bayrischen Landrecht, der Nürnberger Reformation, und den Stadtrechten von Dinkelsbühl, Nördlingen, Kaufbeuern und Regensburg. Den meisten neueren ist dieß nicht bekannt, so Unterholzner, Verjährungslehre § 22 und Gerber, Pr.R. § 101, 7. In früherer Zeit war das Institut in Süddeutschland auch in Rechtsgebieten verbreitet in denen es jetzt verschwunden ist, so Landsbräuche des Herzogthums Franken (Diemer) § 100 bei Schneidt I. 191, Augsburger Stadtrecht von 1276 Freiberg 113, Lindau bei Stürmer, de annali praescriptione S. 16, wie es denn namentlich in Schwaben allgemein Anwendung fand, s. Tröltsch, Anmerkungen 132 und Laband, vermögensrechtliche Klagen 313, 55.

[6] Unterholzner, Verjährungslehre § 22, 74. Albrecht, Gewere 104, 216 f. Stobbe, Gewere § 36.

[7] Laband, vermögensrechtliche Klagen 305—319. Hier ist nachgewiesen, daß nach gemeinem Sachsenrecht die Thatsache des ungestörten Besitzes die Grundlage der rechten Gewere bildete, während nach der partikularrechtlichen Entwicklung in den Städten namentlich nach Magdeburger Recht Publicität des Besitzerwerbs eine wesentliche Voraussetzung war, welche durch die einjährige Dauer gegen Anfechtung geschützt wurde. In den nichtsächsischen Stammesrechten war die dort vielfach unbekannte gerichtliche Auflassung natürlich noch weniger als Voraussetzung ausgebildet. Der Entwicklungsgang läßt sich im bayrischen Recht verfolgen, nach welchem die Verjährung von Jahr und Tag schon in dem

aussetzung war faktischer unwidersprochener Besitz von Jahr und Tag [8], wodurch alle entgegenstehenden Ansprüche, insoferne ihre Geltendmachung möglich gewesen wäre [9], ausgeschlossen wurden.

Die rechtliche Natur dieses Instituts ist seit lange bestritten, indem ihm von den einen die Eigenschaft der erlöschenden [10] von den andern die der erwerbenden Verjährung [11] beigelegt wird; in Wirklichkeit läßt sich jedoch das deutschrechtliche Institut in seiner ursprünglichen Gestalt weder dem einen noch dem andern vergleichen [12]. Bei Reception des römischen Rechts wurde jedoch wie in Sachsen [13] so auch in den süddeutschen Rechtsgebieten der deutschrechtlichen Verjährung, insoferne sie erhalten blieb, die Bedeutung der erwerbenden Verjährung beigelegt, und demnach die Regeln des römischen Rechts über Usucapion darauf angewendet, so daß diese Statuten zunächst nur durch Abkürzung der Dauer der Ersitzung von dem gemeinen Recht sich unterscheiden. Man müßte dieß, auch wenn es nicht ausdrücklich ausgesprochen wäre [14], schon deßhalb annehmen, weil diese Statuten die gemeinrechtliche Usucapion zum Ausgangspunkt nehmen, von welcher

---

Rechtsbuch Ludwig des Bayern anerkannt und mit veränderten Terminen zuerst 3 und 6 Jahre, dann 5 und 10 Jahre, auch in der nachfolgenden Gesetzgebung beibehalten war, wie sie auch in dem noch geltenden Recht erhalten ist, obwohl das Bayrische Recht die gerichtliche Auflassung als Voraussetzung des Eigenthumsübergangs nicht kannte; vgl. oben § 136, 4.

[8] Laband, vermögensrechtliche Klagen 292—294.

[9] Die rechte Gewere schützte namentlich nicht gegen Ansprüche die wegen Abwesenheit oder echter Noth nicht geltend gemacht werden konnten, Laband, vermögensrechtliche Klagen 298. 299.

[10] Stobbe, Gewere § 35. Gengler, Lehrbuch 227. Gerber, P.R. § 101, 7. Baumeister, Hamburger Pr.R. § 11, 13. Unger, Ö. P.R. § 104, 80 f.

[11] Unterholzner, Verjährungslehre § 22, 82. Albrecht, Gewere 99, 205.

[12] Laband, vermögensrechtliche Klagen 352.

[13] Es gilt dieß namentlich von dem Lübischen Recht, dessen Bestimmungen St. III. 6. 3 und I. 8. 2 in der Praxis constant als die ordentliche Ersitzung begründend aufgefaßt werden, so daß hier die Nothwendigkeit der bona fides und des justus titulus keinem Zweifel unterliegt. Vgl. Mevius, Comm. ad jus Lubecense I. 8. 1. Nr. 20 und 38. Stein, Abhandlungen des lübischen Rechts I. 8. § 14. Brehmer, de annali praescriptione § 10.

[14] Die Statuten von Dinkelsbühl Nördlingen Kaufbeuren und Regensburg bezeichnen den Eigenthumserwerb durch die abgekürzte Frist ausdrücklich als Ersitzung unten § 146, 57—60, und ebenso hat zweifellos die fünfjährige Ersitzung gekaufter Immobilien des Bayrischen Rechts die Natur der ordentlichen Ersitzung unten § 146, 54.

sie für die speciell bezeichneten Fälle eine Ausnahme bestimmen [15]. Die Verjährung von Jahr und Tag, die sich in den bayrischen Statuten erhalten hat [16], ist demnach nur als partikularrechtliche Modification der gemeinrechtlichen Ersitzung aufzufassen, deren Regeln die Grundlage des Instituts im Bayrischen Recht bilden, da auch das System des Preußischen Rechts das gemeinrechtliche Institut in der Hauptsache wiedergiebt [17].

Die Ersitzung ist eine ordentliche oder außerordentliche, jenachdem sie das Vorhandensein eines Titels voraussetzt oder nicht und bezüglich der Dauer mit der Klagenverjährung zusammenfällt oder einer kürzeren Verjährungszeit unterliegt [18]. Die Ersitzung setzt eine ersitzungsfähige Sache voraus. Ausgeschlossen ist die Ersitzung an allen dem Verkehr entzogenen Sachen [19], an gestohlenen Sachen die sich im Besitz

---

[15] Nach den unten aufgeführten Statuten von Nürnberg Nördlingen und Regensburg ist die abgekürzte Ersitzung nur für Anwesende bestimmt, so daß die Anwendung der gemeinrechtlichen Grundsätze auf Abwesende sowie auf nicht erkaufte Immobilien keinem Zweifel unterliegt. Die Statuten von Dinkelsbühl und Regensburg bestimmen die abgekürzte Ersitzung für alle Immobilien. Für Mobilien schreibt die Nürnberger Reformation und das Dinkelsbühler Stadtrecht ausdrücklich das Vorhandensein der bona fides vor; die anderen Statuten nehmen für diese die gemeinrechtlichen Grundsätze als geltend an.

[16] In der ursprünglichen Form in den Statuten von Nürnberg Nördlingen Kaufbeuren und Regensburg, modificirt im Bayrischen Landrecht und Dinkelsbühler Stadtrecht unten § 146, 54 f.

[17] s. unten Note 18. Dagegen hat der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs nach dem Vorgang des Sächsischen B. G.B. Art. 279 mit der Einführung des Grundbuchssystems die Ersitzung von Immobilien beseitigt und auf Mobilien beschränkt III. 127 f.

[18] Unterholzner, Verjährungslehre § 180. Windscheid § 175, 2. Hiemit stimmt auch das Preußische Recht in der Hauptsache überein. Dieses unterscheidet I. 9. 579 und 629 gewöhnliche und ungewöhnliche Verjährung, und rechnet Art. 625 zu der ersteren auch die 30jährige ohne Titel, zu der letzteren die von 40, 44 und 50 Jahren. Allein diese Abweichung ist eine nur formelle, die Uebereinstimmung des Preußischen und gemeinen Rechts in den materiellen Grundsätzen unterliegt keinem Zweifel Förster P. P.R. § 177, 26.

[19] l. 9. D. 41. 3 Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis populi Romani et civitatum, item liberis hominibus. Schmid, Handbuch § 14, 5. Unterholzner, Verjährungslehre § 51—58. Bayr. L.R. II. 4. 3: Alle fremde Sachen leiden regulariter die Verjährung soferne solche nicht durch Gesetz oder Gewohnheit besonders davon ausgenommen werden, als da sind res extra patrimonium vel commercium humanum. Pr. L.R. I. 9. 581: Wenn eine Sache durch Gesetz dem bürger-

des Diebs befinden [20], an gewaltthätig in Besitz genommenen unbeweglichen Sachen die im Besitz des Usurpanten sind [21], an den ordent-

---

lichen Verkehr ganz entzogen worden, so kann sie durch keine Verjährung erworben werden. Förster, P. P.R. § 177, 30. Nach Pr. L.R. I. 9. 582 ist dieß auch auf die durch rechtsgültige Privatverfügung dem Verkehr entzogenen Sachen ausgedehnt, während gemeinrechtlich bei diesen nur die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen ist, Unterholzner, Verjährungslehre § 76, womit Kreittmayr Anm. 3 zu L.R. II. 4. 3 übereinstimmt: Extraordinariam seu longissimi temporis läßt man auch in rebus inalienabilibus z. E. dotalibus, feudalibus, fideicommissariis, liberorum adventitiis ohne Widerrede zu.

[20] l. 4. § 6. D. 41. 3. Quod autem dicit lex Atinia ut res furtiva non usucapiatur nisi in potestatem ejus cui subrepta est revertatur sic acceptum est, ut in domini potestatem debeat reverti non in ejus utique cui subreptum est. Igitur creditori subrepta et ei cui commodata est in potestatem domini redire debet. §. 3. J. 2. 6. Quod autem dictum est furtivarum et vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse non eo pertinet ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possit... sed ne ullus alius quamvis ab eis bona fide emerit vel ex alia causa acceperit usucapiendi jus habet. Bayr. L.R. II. 4. 3. »Res vitiosae d. i. entwendete oder mit unrechtmäßiger Gewalt an sich gebrachte Dinge, so lange das Vitium nicht purgiret ist." Gemeinrechtlich ist es bestritten ob nach deutschem Recht auf Grund der C. C. C. Art. 209 auch die außerordentliche Ersitzung allgemein ausgeschlossen sei. Dieß nehmen an: Vangerow § 325, 1, Seuffert, Pandekten § 134, 11 und 140, 2, Pagenstecher, Eigenthum II. 355, 1, Förster, P. P.R. § 177, 31; dagegen lassen für den dritten redlichen Besitzer die außerordentliche Ersitzung zu: Unterholzner, Verjährungslehre § 60, Schmid, Handbuch § 14, 210, Keller, Pandekten § 131, 34. Der letzteren Ansicht schließt sich an Kreittmayr Anm. 2 zu L.R. II. 4. 3, „solange das Vitium nicht purgiret ist, welches auf zweierlei Art geschehen kann ... zweitens wenn die Sach in dritte Hand kommt und 30 Jahr bona fide besessen wird." Dieß ist auch die Stellung des Pr. L.R. I. 9. 584 und 648, indem es an gestohlenen und geraubten Sachen in der Hand des ersten redlichen Besitzers die außerordentliche in der Hand des zweiten redlichen Besitzers die ordentliche Ersitzung zuläßt. Förster, P. P.R. § 177, 31. Den gleichen Standpunkt hat Entwurf III. 128 und 132.

[21] l. 33. § 2. D. 41. 3. Quia lex Plautia et Julia ea demum vetuit longa possessione capi, quae vi possessa fuissent. § 8. J. 2. 6. Aliquando etiam furtiva vel vi possessa res usucapi potest veluti si in domini potestatem reversa fuerit; tunc enim vitio rei purgato procedit ejus usucapio. Bayr. L.R. II. 4. 3. Nr. 2. Pr. L.R. I. 9. 584. Gewaltsame Besitzergreifung von Immobilien steht der Entwendung von Mobilien gleich, und es gelten hier daher hinsichtlich der Frage, ob außerordentliche Ersitzung des dritten redlichen Erwerbers zuläßig sei, die Note 20 gegebenen Ausführungen s. Unterholzner, Verjährungslehre § 4. Auch Bayr. L.R. II. 4. 3 Nr. 2 und Pr. L.R. I. 9. 584 stellen Diebstahl und gewaltsame Besitzergreifung ausdrücklich gleich.

lichen Adventitien der Hauskinder [22] und den lucra nuptialia welche zur Strafe der zweiten Ehe den Kindern der ersten Ehe eigenthümlich zufallen [23], an Dotalsachen so lange die Frau sie nicht zurückfordern kann [24], dann gemeinrechtlich an Gesammtsachen als solchen [25], an welchen dagegen das Preußische Recht die Ersitzung zuläßt [26], und an den einzelnen Bestandtheilen einer Sache [27], nicht aber an den reellen oder intellektuellen Theilen einer Sache [28].

Nach römischem Recht war Ersitzung nur zuläßig an solchen Rechten, an welchen eine juris quasi possessio angenommen wurde [29]; da nach neuerem Recht der Eigenthumsbegriff zweifellos auf Rechte

---

[22] l. 4. Cod. 6. 61. l. 1. § 2. Cod. 7. 40. Solange diese Eigenschaft währt ist auch die außerordentliche Ersitzung ausgeschlossen. Unterholzner, Verjährungslehre § 34. Vangerow § 325, 1. Arndts § 162, 4, c.

[23] Nov. 22 c. 24. Unterholzner, Verjährungslehre § 34. S. 111. Vangerow § 317 B. 2. Auch hier ist während der Dauer der väterlichen Gewalt die außerordentliche Ersitzung ausgeschlossen.

[24] l. 30. Cod. 5. 12. In rebus dotalibus sive mobilibus sive immobilibus seu se moventibus, si tamen extant, sive aestimatae sive inaestimatae sint, mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium praerogativam .... Omnis autem temporalis exceptio sive per usucapionem inducta sive per 10 sive per 20 annorum curricula sive per 30 vel 40 annorum metas ... mulieribus ex eo tempore opponatur, ex quo possint actiones movere. Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre § 78—80, Windscheid § 182, 13, Schmid, Handbuch § 14, 17.

[25] l. 30. § 2. D. 41. 3. Non item tamen universi gregis ulla est usucapio sed singulorum animalium sicuti possessio ita et usucapio. Unterholzner, Verjährungslehre § 49. Randa, Besitz 182. Windscheid § 175 a. Arndts § 158 f. Schmid, Handbuch § 14, 4.

[26] Pr. L.R. I. 7. 53 erkennt ausdrücklich Möglichkeit des Besitzes an einer Gesammtschache an. Vgl. oben § 114, 10 und 130, 25 und Förster, P. P.R. § 21, 2. Auf gleichem Standpunkt steht Entwurf I. 155. Ueber das bayrische Landrecht vgl. oben § 114, 11.

[27] vgl. oben § 130, 22. Eine Ausnahme ist begründet, wenn der Besitzer einer beweglichen Sache diese mit einer andern beweglichen Sache verbindet, in welchem Fall die verbundene Sache gesondert ersessen werden kann oben § 130, 23.

[28] l. 26. D. 41. 2 locus certus ex fundo et possideri et per longam possessionem capi potest et certa pars pro indiviso quae introducitur vel ex emtione vel ex donatione vel qualibet alia ex causa. Incerta autem pars nec tradi nec capi potest. l, 4. D. 41. 4. Idem juris est, si is qui totum fundum emebat, pro indiviso partem aliquam alienam esse scit; eam enim dumtaxat non capiet, caeterarum partium non impedietur longa possessione capio. Vgl. oben § 130, 10.

[29] Vgl. oben § 130, 26 f.

ausgedehnt ist [30], so ist auch die Möglichkeit der Ersitzung solcher Rechte nicht zu bezweifeln und im bayrischen [31] und preußischen [32] Landrecht ausdrücklich anerkannt, wobei die Regeln der Eigenthumsersitzung auch auf solche Rechte Anwendung leiden [33]. Ausdrücklich ausgeschlossen ist jedoch die Ersitzung nach Bayrischem Landrecht an res merae facultatis [34] und nach Preußischem Recht gegenüber von Rechten die in das Hypothekenbuch eingetragen sind [35] und an Rechten gegen ausdrückliche Verbotsgesetze [36].

§ 146.

2. Die ordentliche Ersitzung.

Die ordentliche Ersitzung setzt voraus:

I. Ein ersitzungsfähiges Objekt. Der ordentlichen Ersitzung können Sachen aus subjektiven oder objektiven Gründen entzogen sein:

1) aus subjektiven Gründen sind ihr entzogen Sachen des Staats [1],

---

[30] Vgl. § 118, 39 f.

[31] Bayr. L.R. II. 8. 1.

[32] Pr. L.R. I. 9. 579. 580.

[33] Bayr. L.R. I. 4. 8. Nr. 1. Pr. L.R. I. 9. 580.

[34] Bayr. L.R. II. 4. 3. Nr. 3: Res merae facultatis deren man sich nemlich nicht soviel aus besonderem als allgemeinem Recht jedesmal und so oft es nur die Gelegenheit giebt frei gebrauchen kann oder nicht, ohne daß man durch fremdes Inhaben oder Verbot daran gehindert wird. Anm. 5 c sind als Beispiele angeführt: die Eröffnung eines Fensters in unserer Mauer, die höhere Aufführung eines Haus oder andern Gebäu ... Vgl. über diesen Begriff Unger, Ö. P.R. § 58 und § 104, 64.

[35] Pr. L.R. I. 9. 511. „Rechte auf unbewegliche Sachen die in das Hypothekenbuch eingetragen sind können weder durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen noch kann ein denselben entgegenstehendes Recht mittelst Verjährung durch Besitz erworben werden." Nach Preußischem Recht ist die Ersitzung gegen den im Hypothekenbuch vorgetragenen Eigenthümer ausgeschlossen. L.R. I. 21. 96. Förster, P. P.R. § 177, 31. Dieß gilt nicht nach Bayrischem Hypothekenrecht bezüglich der Eintragung des Eigenthümers in das Hypothekenbuch oben § 136, 49.

[36] Pr. L.R. I. 9. 664. Förster, P. P.R. § 177, 33.

[1] l. 18. D. 41. 3. Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat. Unterholzner, Verjährungslehre § 56. Schmid, Handbuch § 14, 7. Das Bayrische Landrecht führt die Sachen des Staats nicht unter den von der ordentlichen Ersitzung ausgenommenen auf; allein da die früher aufgestellte Meinung, daß nach Bayrischem Recht gegen den Staat nur unvordenkliche Verjährung wirke nicht begründet ist, oben § 34, 10, so kann die Anwendbarkeit der gemeinrechtlichen Grundsätze im Gebiet des Bayrischen Landrechts keinem Zweifel unter-

der Gemeinden [2], unter Vormundschaft stehender Personen [3] und Immobilien der Kirchen und milden Stiftungen [4].

2. aus objektiven Gründen ist die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen an gestohlenen [5] und gewaltthätig in Besitz genommenen Sachen [6] in der Hand des redlichen Erwerbers, an den Grenzstreifen [7], ferner an Sachen deren Veräußerung gesetzlich verboten ist [8], namentlich Familienfideicommissen und Erbgütern [9], Dotalgrundstücken [10], von

---

liegen oben § 34, 15. Das gleiche gilt nach Pr. L.R. I. 9. 629. Die gemeinrechtlich begründete Ausdehnung auf Sachen des Regenten erscheint nach unserem Recht nicht als zuläßig oben § 29, 6 und 33, 16—18.

[2] l. 9. D. 41. 3. l. 12. § 2. D. 6. 3. Unterholzner, Verjährungslehre § 45 und 58. Vangerow § 317. A. 4. A. M. Arndts § 162, 1. Windscheid, § 182, 5. Seuffert, Pandekten § 134, 7. In Bayern ist für das Rechtsgebiet des gemeinen Rechts die erstere Meinung anerkannt oben § 38, 12 und Kreittmayr Anm. 14 c zu L.R. II. 4. 3, während im Gebiet des Preußischen Landrechts dieser Rechtssatz nur kraft besonderer Verleihung für Gemeinden gilt. Förster, P. P.R. § 57, 37 und oben § 38, 12.

[3] l. 5. Cod. 2. 41. l. 3. Cod. 7. 35. Unterholzner, Verjährungslehre § 35. Windscheid § 182, 11. Seuffert, Pandekten § 134, 8. Schmid, Handbuch § 14, 10; a. M. Vangerow § 317. A. 5. Andere wollen die Ausschließung nur für Immobilien gelten lassen Puchta § 158 f., Keller § 131, 27. Bayr. L.R. II. 8. 6 schließt die ordentliche Ersitzung gegen Minderjährige aus und stellt diesen andere curatelmäßige Personen gleich, was gemeinrechtlich bestritten wird. Unterholzner, Verjährungslehre § 39. Windscheid § 182, 11. Nach Pr. L.R. I. 9. 595. dagegen ist der Beginn der Ersitzung nur gegenüber solchen curatelmäßigen Personen ausgeschlossen, für welche ein Vormund nicht bestellt ist. Förster, P. P.R. § 177, 71.

[4] Nov. 111 und 131, 6, Unterholzner Verjährungslehre § 40. Auf Mobilien erstreckt sich dieß nicht. Auth. quas actiones l. 23. Cod. 1. 2. Bayr. L.R. II. 4. 3 Anm. Nr. 7. Pr. L.R. I. 9. 629. Förster, P. P.R. § 177, 128. vgl. oben § 37, 44 und § 46, 20.

[5] Vgl. oben § 145, 20 wo auch die Frage erörtert ist, inwieferne dieß auf die außerordentliche Ersitzung auszudehnen sei.

[6] Vgl. oben § 145, 21.

[7] l. 6. Cod. 3. 39. Cunctis molitionibus .... amputatis decernimus in finali quaestione non longi temporis sed 30 tantummodo annorum praescriptionem locum habere. Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre § 53 und 54. Windscheid § 450, 10.

[8] l. 28. D. 50. 16. Alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare qui patitur usucapi. Vangerow § 317. S. 591. Windscheid § 182, 14. Schmid, Handbuch § 14, 50.

[9] Vgl. oben § 123, 2 und 3 und Kreittmayr Anm. 3 zu L.R. II. 4. 3.

[10] l. 16. D. 23. 5. An sich ist bei Dotalsachen alle Ersitzung ausgeschlossen, so lange das Rückforderungsrecht der Frau nicht entstanden ist, vgl. oben § 145,

dem Hausvater veräußerten regulären Adventitien der Hauskinder und den ihnen zufallenden lucra nuptialia der ersten Ehe [11], an Gegenständen von Legaten welche der Erbe veräußert [12], an Sachen deren Veräußerung richterlich verboten ist [13] nicht aber an solchen gegen deren Veräußerung nur ein vertragsmäßiges Verbot besteht [14]. Dagegen ist die gemeinrechtlich begründete Ausschließung der von einem unredlichen Besitzer veräußerten Sachen im Bayrischen und Preußischen Landrecht [15], und die gemeinrechtlich begründete Ausschließung der streitigen Sachen [16] im Bayrischen Recht überhaupt nicht anerkannt.

---

24. Die während der Ehe veräußerten Dotalgrundstücke aber sind nach obiger Bestimmung auch nach dieser Zeit der ordentlichen Ersitzung entzogen, sie können nur durch außerordentliche Ersitzung erworben werden. vgl. Vangerow § 317. B. 3. Kreittmayr Anm. 3 zu L.R. II. 4. 3. a. M. Schmid, Handbuch § 14, 13, der sie von diesem Zeitpunkt an der ordentlichen Ersitzung für fähig hält.

[11] Solange die väterliche Gewalt währt sind die regulären Adventitien der Hauskinder aller Ersitzung entzogen oben § 145, 22. Von diesem Zeitpunkt an können sie zwar ersessen werden, sind jedoch nach den Bestimmungen Nov. 22. c. 24 der ordentlichen Ersitzung entzogen Puchta § 158. 4. Arndts § 102 Anm. 4. c. A. M. Unterholzner, Verjährungslehre § 34. S. 111, Vangerow § 317. B. 1 und Schmid, Handbuch § 14, 13, welche die Bestimmung der Novelle auf die lucra nuptialia beschränken wollen, für veräußerte Adventitien demnach mit Aufhören der väterlichen Gewalt die ordentliche Ersitzung zulassen. Der ersteren Ansicht schließt sich an Kreittmayr Anm. 3 zu Bayr. L.R. II. 4. 3, indem er für veräußerte Adventitien nur die außerordentliche Ersitzung für zuläßig erklärt.

[12] l. 3. § 3. Cod. 6. 43; vgl. Unterholzner, Verjährungslehre § 76. Windscheid § 182, 14. Vangerow § 317. B. 7. Schmid, Handbuch § 14, 46.

[13] Schmid, Handbuch § 14, 51; a. M. Unterholzner, Verjährungslehre § 48. S. 151. Vangerow § 317. S. 591.

[14] Schmid, Handbuch § 14. 53. Unterholzner, Verjährungslehre § 48. S. 151. Vangerow § 317. S. 591.

[15] Gemeinrechtlich ist hier die ordentliche Ersitzung ausgeschlossen Nov. 119. c. 7. Unterholzner, Verjährungslehre § 76, 265, Windscheid § 182, 8, Schmid, Handbuch § 14, 40 f., Vangerow § 317, B. 6. Im Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts ist diese Bestimmung nicht anwendbar vgl. Kreittmayr Anm. 2 zu L.R. II. 4, 3, wo die fortdauernde Geltung der Bestimmung des L.R. 1616. IX. 7 hervorgehoben ist. Auch das Preußische Landrecht kennt diese Beschränknng nicht. vgl. unten Note 79. Von manchen wird auch angenommen, daß das tignum junctum der ordentlichen Ersitzung entzogen sei s. Vangerow § 317. B. 9 und Schmid, Handbuch § 15, 47 f., dagegen Windscheid § 182, 13, Keller, Pandekten § 131, 8.

[16] Diese sind gemeinrechtlich nicht veräußerlich und daher der ordentlichen Ersitzung entzogen. Unterholzner, Verjährungslehre § 48. S. 150. Arndts

II. Juristischer Besitz des Gegenstandes also Besitz mit der Absicht des Eigenthümers [17].

III. Guter Glaube. Der Besitzer muß die Ueberzeugung haben, daß er durch Aneignung der Sache kein Unrecht begehe, was sich regelmäßig als Ueberzeugung herausstellen wird, daß er selbst Eigenthümer geworden und daß sein Autor zur Eigenthumsübertragung berechtigt gewesen sei [18]. Er darf den Mangel der den sofortigen Eigenthumsübergang hindert nicht kennen [19]; der Irrthum darf jedoch weder unentschuldbar [20] noch ein Rechtsirrthum sein [21]. Der gute Glaube muß bei dem Besitzer selbst bei Stellvertretung demnach bei dem Vertretenen vorhanden sein [22]. Das Vorhandensein wird bei der

---

§ 162. Anm. 4. e. In Bayern ist das Veräußerungsverbot gesetzlich beseitigt oben § 123, 8.

[17] l. 25. D. 41. 3. Sine possessione usucapio contingere non potest. Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre § 93. Windscheid § 175 a. Förster, P. P.R. § 177, 36. Bayr. L.R. II. 4. 5. „Von dem Besitz der verjährten Sache ist die Regel zu merken: tantum praescriptum quantum possessum, das ist, die Verjährung erstreckt sich nur so weit als man wirklich in Besitz gehabt hat."

[18] l. 38. D. 41. 3. Quam rem ipse quidem non potest usucapere quia intelligit alienum se possidere et ob id mala fide possidet, sed si alii bona fide accipienti tradiderit poterit is usucapere. Die ältere Auffassung ging dahin, die bona fides bestehe in der Ueberzeugung Eigenthum erworben zu haben Schmid, Handbuch § 14, 102. Dieß ist noch ausgesprochen Bayr. L.R. II. 4. 4. „Zur Verjährung werden regulariter folgende Stücke erfordert: ... bona fides das ist die gute Meinung nach welcher man die Sache nicht für fremd sondern für die seinige hält." Allein der gute Glaube ist von dem Titel nicht abhängig, wenn auch beide gewöhnlich zusammentreffen. Stintzing, das Wesen der bona fides 57 f. Windscheid § 176, 4 und 8. Vangerow § 321, 1. Förster, P. P.R. § 177, 45.

[19] l. 5. § 1. D. 41. 10. Sed id quod quis cum suum esse existimaret possederit usucapiet etiamsi falsa fuerit ejus existimatio; quod tamen ita interpretandum est ut probabilis error usucapientis usucapioni non obstet.

[20] l. 5. § 1. D. 41. 10 oben Note 19. Vangerow § 321. Anm. I. Nr. 3. Windscheid § 178, 1 und 6. Unterholzner, Verjährungslehre § 117. II.

[21] l. 31. pr. D. 41. 3. Nunquam in usucapionibus juris error possessori prodest. Arndts § 160. 4. Vangerow § 321. Anm. 1. Nr. 3.

[22] l. 2. § 13. D. 41. 4. Si servus bona fide emerit peculiari nomine .... tempore quo emit quamquam id bona fide faciat ego alienam rem esse sciam usu me non capturum. Windscheid § 177, 6. Vangerow § 322, 3. Nur da wo der Besitz ohne den Willen des Vertretenen erworben wird muß auf Seite des Vertreters guter Glaube vorhanden sein. Windscheid § 177, 7. Arndts § 160. Anm. 3.

Besitzergreifung vorausgesetzt [23], für den Kauf auch bei dem Vertragsabschluß [24], und muß während der ganzen Ersitzungszeit vorhanden sein [25]. Der gute Glaube wird bis zum Beweis des Gegentheils vermuthet [26]. Es genügt daher, daß der Ersitzende Umstände nachweist, aus welchen sich auf seinen guten Glauben schließen läßt, während der Gegner den Nachweis liefern muß, wenn er das Nichtvorhandensein oder Aufhören des guten Glaubens behauptet [27]. Der Mangel kann in der Person des Autors [28] oder in der Form [29] begründet sein, welches letztere jedoch für das Rechtsgebiet des Preußischen Landrechtes bestritten ist [30].

---

[23] l. 15. § 3. D. 41. 3. Si ex testamento vel ex stipulatu res debita nobis tradatur ejus temporis existimationem nostram intuendam quo traditur.

[24] l. 48. D. 41. 3. In emtione autem et contractus tempus inspicitur et quod solvitur, nec potest pro emtore usucapere qui non emit nec pro soluto sicut in caeteris contractibus. Unterholzner, Verjährungslehre § 119. Nr. 3. Windscheid § 177, 1. Arndts § 160 e. Seuffert, Pandekten § 136, 8. a. M. Vangerow § 322, Anm. 3. Mit Recht dehnt Windscheid § 177, 2 dieß auf alle Rechtsgeschäfte aus bei welchen der Wille auf sofortige Uebereignung gerichtet ist, namentlich auf Tausch und Schenkung.

[25] Nach römischem Recht genügte Vorhandensein der bona fides im Beginn der Ersitzungszeit, späteres Aufhören derselben war unschädlich l. 48. § 1. D. 41. 1; dagegen ist auf Grund der Bestimmungen des kanonischen Rechts C. 20. X. 2. 26 nach heutigem gemeinen Recht guter Glaube während der ganzen Ersitzungszeit erforderlich Unterholzner, Verjährungslehre § 98, Windscheid § 177, 4, Arndts § 160, Anm. 2, Seuffert, Pandekten § 136, 9. Bayr. L.R. II. 4. 7: Bona fides ist nicht nur anfänglich, sondern auch die ganze Verjährungszeit hindurch vernöthen." Pr. L.R. I. 9. 579: Die Verjährung durch Besitz findet in allen Fällen statt wo jemand eine Sache oder Recht aus einem Titel der an sich zur Erlangung des Eigenthums geschickt ist, durch die in den Gesetzen bestimmte Frist ruhig und redlicher Weise besessen hat. Förster, P. P.R. § 177, 41.

[26] l. 30. Cod. 8. 45. Seuffert, Pandekten § 136, 11. Bayr. L.R. II. 4. 7. Bona fides ... wird aber gleichwohl im Zweifel allezeit präsumirt und bedarf folglich keines Beweis mehr, sondern es muß im Gegentheil derjenige, welcher malam fidem vorschützt, die Prob machen.

[27] Arndts § 160, Anm. 5. Windscheid § 177. Nr. 4.

[28] l. 36. D. 41. 3. Potest pluribus modis accidere ut quis rem alienam aliquo errore deceptus tanquam suam vendat forte aut donet et ob id a bonae fidei possessore usucapi possit. l. 2. § 15. D. 41. 4 si a pupillo emero sine tutoris autoritate quem puberem esse putem dicimus usucapionem sequi. Unterholzner, Verjährungslehre § 117, 407 f.

[29] Seuffert, Pandekten § 135, 7.

[30] Durch Plenarbeschluß des Berl. O.Tr. 15/2 41 Entscheidungen VI. 410 ist ausgesprochen, daß unter einem „an sich zur Erlangung des Eigenthums

IV. Richtiger Titel. Der Besitz muß um zur Ersitzung zu führen auf einem Rechtsgrund beruhen, der die Erwerbung des Eigenthums herbeigeführt haben würde wenn nicht der durch die Dauer des Besitzes zu heilende Mangel entgegenstände. Voraussetzung ist ein Titel der überhaupt auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist [31]; jeder derartige Titel ist aber auch Usucapionstitel [32].

In den Quellen sind die einzelnen Usucapionstitel speziell aufgeführt, es ist dieß jedoch nicht erschöpfend [33]. Als Titel werden aufgeführt: Kauf [34], Erbschaft [35], Schenkung [36], Occupation [37], Le-

---

geschickten Titel," welchen Pr. L.R. I. 9. 579 zur Ersitzung voraussetzt, ein solcher zu verstehen sei, der sowohl seinem materiellen Inhalt als seiner Form nach zur Erwerbung des Eigenthums geeignet sei; s. die Literatur über diese Frage bei Förster, P. P.R. § 177, 52 f. Auch für das Bayrische Recht muß jetzt die Nothwendigkeit der formellen Gültigkeit des Ersitzungstitels angenommen werden in denjenigen Fällen in welchen nach dem Notariatsgesetz der Verbriefungszwang für den Eigenthumsübergang vorgeschrieben ist, vgl. Bauriedl in der Z. A. B. V, 284—287. A. M. Zink Commentar Beilagenheft. S. 89. In dem ersteren Aufsatz ist ausgeführt, daß einem nicht notariell verbrieften Vertrag nicht nur die Voraussetzung des richtigen Titels fehle, sondern daß auch der der bona fides auf Seite des Erwerbers mangle.

[31] l. 5. Cod. 7. 35. Neque mutui neque commodati aut depositi seu legati vel fideicommissi vel tutelae seu alii cuilibet personali actioni longi temporis praescriptionem objici posse certi juris est. Bayr. L.R. II. 4. 6. Nr. 2. Solchem nach reicht der bloße titulus depositi, commodati, precarii, pignoris, locati conducti nimmermehr hin. Pr. L.R. 1. 9. 579 oben Note 25.

[32] Arndts § 159. Anm. 3. Förster, P. P.R. § 177, 50.

[33] l. 3. § 21. D. 41. 2. Genera possessionum tot sunt quot et causae acquirendi ejus quod nostrum non sit, velut pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi ut in rerum natura essent fecimus. Et in summa magis unum genus est possidendi, species infinitae.

[34] Dig. 41. 4. Cod. 7. 26. Unterholzner, Verjährungslehre § 110. Ueber die Frage ob dabei Zahlung des Kaufpreises erforderlich sei vgl. Unterholzner, Verjährungslehre § 110. S. 379. Windscheid § 179, 1. Vangerow § 320. Anm. 2. Nr. 1. Schmid, Handbuch § 14, 72.

[35] Dig. 41. 5. Cod. 7. 29. Unterholzner, Verjährungslehre § 106, Windscheid § 179, 3, Vangerow § 320. Anm. 1, entweder wenn der Erbe Sachen als zur Erbschaft gehörend ansieht, die nicht dazu gehören, oder wenn sich der Ersitzende für den Erben hält, ohne es zu sein.

[36] Dig. 41. 6. Cod. 7. 27. Unterholzner, Verjährungslehre § 113, Schmid, Handbuch § 14, 86.

[37] Dig. 41. 7. Unterholzner, Verjährungslehre § 114. Schmid, Handbuch § 14, 90.

gat [38], Dosbestellung [39], Zahlung [40]; außerdem werden noch mehrere Erwerbungsarten unter der Bezeichnung pro suo zusammengefaßt [41]. Dagegen ist das rechtskräftige Urtheil kein Ersitzungstitel [42]. In der Regel wird das Vorhandensein eines Titels vorausgesetzt [43]; indessen wird die Ersitzung auch zugelassen, wenn die irrthümliche Annahme eines gültigen Titels auf einem entschuldbaren Irrthum beruht (Putativtitel) [44], was nach Preußischem Recht gleichfalls bestritten ist [45]. Das Vorhandensein des Ersitzungstitels hat derjenige der sich darauf beruft nachzuweisen [46].

V. Zeitdauer. Zur Vollendung der Ersitzung ist erforderlich, daß der Besitz die gesetzliche Zeit hindurch ununterbrochen und ungestört gedauert habe. Die gesetzliche Dauer ist verschieden bestimmt, theils nach Unterscheidung der Sachen in Mobilien und Immobilien, theils nach dem Umstand, ob die Immobilien erkauft oder auf andere Weise erworben sind, sowie ob die Ersitzung sich zwischen Anwesenden oder Abwesenden vollzogen hat. Die Abwesenheit wurde nach römischem Recht als vorhanden angesehen wenn der Acquirent nicht in der-

---

[38] Dig. 41. 8. Unterholzner, Verjährungslehre § 115. Schmid, Handbuch § 14, 92.

[39] Dig. 41. 9. Unterholzner, Verjährungslehre § 112. Schmid, Handbuch § 14, 82.

[40] l. 46 und 48. D. 41. 3. Unterholzner, Verjährungslehre § 109. Schmid, Handbuch § 14, 79.

[41] l. 1. pr. l. 2. D. 41. 10. Es gehört dahin namentlich Adjudikation, Theilung, Vergleich, Fruchterwerb und noxae datio Seuffert, Pandekten § 135, 11—15, Unterholzner, Verjährungslehre § 116, Windscheid § 179, 6, Schmid, Handbuch § 14, 97.

[42] Unterholzner, Verjährungslehre § 116, S. 398. Windscheid § 179, 7. Vangerow § 320. Anm. 3.

[43] l. 4. Cod. 7. 29. Usucapio non praecedente vero titulo procedere non potest. § 11. J. 2. 6. Error autem falsae causae usucapionem non parit, veluti si quis cum non emerit emisse se existimans possideat.

[44] l. 11. D. 41. 4. Quod vulgo traditum est, eum qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emtore usucapere, hactenus verum esse ait, si nullam justam causam ejus erroris emtor habeat. Nam si forte servus vel procurator cui emendam rem mandasset persuaserit ei se emisse atque ita tradiderit magis esse, ut usucapio sequatur. Unterholzner, Verjährungslehre § 103. Windscheid § 178, 6. Arndts § 159, b. Seuffert, § 135, 8. Vangerow § 319 Anm. Schmid, Handbuch § 14, 56 f.

[45] Förster, P. P.R. § 177, 62.

[46] Arndts § 159. Bayr. L.R. II. 4. 6. Nr. 3.

selben Provinz wie der Eigenthümer seinen Wohnsitz hatte [47]; da die römische Provinzialeintheilung jetzt nicht mehr besteht, so wird gewöhnlich angenommen, daß in unserem jetzt geltenden Recht an die Stelle der Provinz der Obergerichtsbezirk getreten sei [48]. Dieß ist die Auffassung des Preußischen Landrechts [49], während nach Bayrischem Landrecht derjenige als abwesend gilt, der seinen Wohnsitz im Ausland hat [50]. Dagegen ist nach den unten erwähnten kleineren Statuten die Anwesenheit viel enger zu fassen, und nur für die innerhalb des Rechtsgebietes des betreffenden Statuts wohnenden anzunehmen [51]. Die Zeitdauer ist nach gemeinem Recht bei beweglichen Sachen auf drei Jahre, bei unbeweglichen auf zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden bestimmt [52]. Hiemit stimmt das Bayrische Landrecht überein [53], jedoch mit der Ausnahme, daß für erkaufte Immobilien die Ersitzungszeit auf fünf Jahre unter Anwesenden und zehn Jahre unter Abwesenden festgestellt ist [54], während in allen

---

[47] l. 12. Cod. 7. 33 ut tam is, qui dominii vel hypothecae quaestionem inducit quam is qui res possidet domicilium habeat in uno loco i. e. in una provincia ...

[48] Unterholzner, Verjährungslehre § 284, 278. Schmid, Handbuch § 14, 42. Erk. Darmstadt 26/12 30 Sf. X. 137.

[49] Pr. L.R. I. 9. 629: Die geographischen Grenzen des Distrikts in welchem sich ein anderes Landesjustizcollegium befindet bestimmen im rechtlichen Sinn den Umfang der Provinz.

[50] Bayr. L.R. II. 4. 8. Nr. 3. „Halt man hierinfalls nur denjenigen für abwesend der sich auswärts an einem der kurfürstlichen Landeshoheit nicht unterworfenen Ort aufhält." Wie sich aus Anm. 3 c ergiebt ist darunter nicht das Rechtsgebiet des Landrechts sondern das politische Gebiet zu verstehen. „Wenn demnach z. E. einer in der obern Pfalz oder einer churbayrischen Herrschaft in Schwaben, der andere aber in Bayern wohnt, so sind sie nicht absentes." Auf die jetzigen Verhältnisse angewendet ist demnach für das Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts als abwesend anzusehen, wer nicht im Königreich Bayern domicilirt.

[51] Es gilt dieß auch nach Lübischem Recht Brehmer 58.

[52] l. un. Cod. 7. 31. l. 12. Cod. 7. 33.

[53] Bayr. L.R. II. 4. 8. Nr. 1.

[54] L.R. 1616. IX. 1. „Welcher Käufer sein erkauftes Gut es sei Eigen oder Lehen, doch Eigen für Eigen, Lehen für Lehen, wider die im Land fünf Jahre und die außer Lands zehn Jahre ohne rechtlich Anspruch inn hat und den Kauf mit Briefen oder Zeugen wie recht ist beweisen kann, der hat nach Landrechten in Bayern vollkommen Nutz und Gewähr ersessen und solch Gut von weiterer Anspruch gesichert. Wo auch alsdann jemand hernach käme der

übrigen Fällen die gemeinrechtlichen Bestimmungen unverändert zur Anwendung kommen. Nach dem Recht der Nürnberger Reformation werden Mobilien unter Anwesenden in drei Monaten unter Abwesenden in zwölf Monaten, erkaufte Immobilien unter Anwesenden in der Stadt in Jahr und Tag (410 Tagen) auf dem Land in vier Jahren ersessen [55], während für alle übrigen Immobilien die gemeinrechtlichen

---

zu den verkauften Gütern rechtliche Spruch und Forderung zu haben vermeinte demselben soll der Verkäufer und nicht der Käufer zu antworten schuldig sein auch kein Richter dem Käufer sobald er den Kauf und die gemeldte Zeit beigebracht einige Antwort auferlegen." Es ist dieß aus der Verjährung von Jahr und Tag hervorgegangen die sich schon im Rechtsbuch Ludwig des Bayern findet c. 200 (Freyberg). „Wir wellen auch wer Aygen verkauft in dem Lande der soll nicht länger Gewerschaft thun wann Jar und Tag für Erben in dem Land, für Erben außer Landes zwei Jahre." Als außerhalb des Landes wird c. 7 (Freyberg) erklärt: „außerhalb der vier Wälder, d. i. Düringerwald, Behaimerwald, Schwarzwald und Scharenzerwald." In der Reformation 1518. XXIII. 5 sind die Termine auf drei Jahre unter Anwesenden sechs Jahre unter Abwesenden in der Landesordnung 1553. III. 2. 1 auf fünf Jahre unter Anwesenden und zehn Jahre unter Abwesenden bestimmt. Irrthümlich behauptet Schmid, Comm. zu IX. 1. Nr. 2 daß die Reformation von 1588. XXIII. 5 auf die Termine der Reformation von 1518 zurückgegangen sei; eine solche Reformation von 1588 giebt es gar nicht und es kann die Angabe nur auf einer Verwechslung mit 1518 beruhen. Das Landrecht von 1616 beließ es demnach bei der Bestimmung der Reformation von 1553. Ausdrücklich hebt Schmid, Comm. Nr. 3 hervor, daß dabei bona fides und justus titulus vorausgesetzt werde. Die dauernde Geltung dieser Bestimmung ist nicht nur in den Anmerkungen zu Bayr. L.R. II. 4. 8. Nr. 1 d, II. 7. 5 d und IV. 4. 2. Nr. 5 b sondern auch durch Aufnahme in das Gesetzbuch II. 7. 5. Nr. 5 und II. 6. 20. Nr. 2 anerkannt und in der Praxis unbestritten. Erk. 13/10 41 Bl. VII. 105; 18/1 69 Bl. XXXIV. 219. Wie sich aus dem angeführten ergiebt ist dieß die alte deutsche Verjährung von Jahr und Tag nur mit veränderten Terminen.

[55] Reform XVI. 9. „Wo yemand durch redliche Kauf oder sonst aufrichtige handlung varende oder bewegliche hab in sein Hand pringt, so würdet dieselbig in dreyen Monaten der negsten zwischen den gegenwertigen, die des kuntlich wissen tragen, aber gegen den abwesenden, die deß nit wissen hetten, in Jaresfristen ersessen, darumb wo yemand hernacher köme, und zu der erkauften Haab spruch vnd forderung zu haben vermainte, demselben soll der verkauffer und nit der Kauffer antwort zu geben schuldig sein. Doch sollen hiemit geraubte oder gestolne Güter nit gemaint noch verstanden werden, dann in denselben mag ainiche gewehr oder gerechtigkeit durch lenge der zeit nit ersessen werden." Reform. XVI. 5. „Wann liegende Hab oder Güter, auch Rent, Zinß, oder Gült, in der Stat und derselben Gerichtszwang gelegen, verkauft werden, so ist der

Grundsätze zur Anwendung kommen [56]. Nach dem Recht der Stadt Dinkelsbühl werden bewegliche Sachen unter Anwesendrn in drei unter Abwesenden in zwölf Monaten, Immobilien unter Anwesenden in zwei unter Abwesenden in fünf, gegen Unwissende in zehn Jahren ersessen [57]. Nach dem Stadtrecht von Nördlingen [58] werden erkaufte nach dem

---

Verkauffer darumb werschaft zu thun verpflicht Jar vnd tag, aber auf dem Land und dem Paurngericht underworfen vier Jar lang. Wo aber ain Person auslendisch oder anderer eehaften vrsachen halben an ausführung jrer sprüch und gerechtigkeit verhindert worden, die möcht dieselben Ursachen in Gericht fürpringen, und daselbst erkantnus gewarten, ob sie mit jren zusprüchen zugelassen vnd gehört werden solt oder nit."

[56] Die Bedeutung dieser Vorschrift wurde von den älteren Commentatoren völlig verkannt. Wurffbain, Differentiae p. 54 und 113, Wölkern, Commentar. II. p. 72 und 94 und Lahner, Einleitung 80 wollen die Bestimmung XVI. 5 strikt interpretiren und auf die Verpflichtung zur Eviction beschränken, während sie für Immobilien überhaupt die civilrechtlichen Grundsätze für anwendbar halten, und eine Abweichung der Nürnberger Reformation in der Zeitdauer der Ersitzung nur für Mobilien annehmen. Diese Auffassung beruht aber auf völliger Verkennung des Instituts und ergiebt sich schon aus einer Vergleichung der übrigen Statuten, namentlich der Bestimmungen des aus der Nürnberger Reformation gezogenen Dinkelsbühler Stadtrechts, als unrichtig. Insbesondere ist der von Lahner, Einleitung 80 angeführte Grund, daß Reform. XXVI. 3. 2 die gemeinrechtliche Ersitzung für Immobilien eingeführt habe, nicht maaßgebend, da die letztere Stelle nicht von erkauften Immobilien sondern einem Lichtrecht spricht. Erst Stürmer, de annali praescriptione Sectio II. § 1 f. hat die Vorschrift der Ref. XVI. 5 auf eine abgekürzte Ersitzung gedeutet. Daß für erkaufte Immobilien unter Abwesenden und für alle nicht erkauften Immobilien nach Nürnberger Recht die gemeinrechtlichen Grundsätze der Ersitzung zur Anwendung kommen ist nicht zu bezweifeln.

[57] St. II. 5. 12—14 Arnold II. 312. „Wann einer kaufft oder durch einen andern redlichen Contrakt fahrende oder bewegliche Haabe an sich bringt, so wird dieselbe Fahrniß ersessen zwischen denen gegenwärtigen, die das kündliche Wissen haben, in 3 Monaten den ersten darnach. Aber mit denen Auswärtigen, die nicht zugegen sind, oder des nicht Wissen haben, soll dieselbe Wehrhafft bestehen auf Jahresfrist und nicht länger. Liegende Stücke können zwischen denen gegenwärtigen nicht ehender als in zwei und denen abwesenden in fünff, gegen den unwissenden insgemein aber erst in 10 Jahren ersessen werden. Fahrende oder bewegliche Haabe, so geraubt oder gestohlen, mögen anderer gestalt nicht, als von einer Länge der Zeit von 10 Jahren ersessen werden."

[58] St. II. 12 Arnold II. 497. „Wenn ein Burger Güther käufflich an sich bringet von Personen, die bei ihren vogtbaren Jahren, so in dieser Revier oder in der Stadt wohnhafft, und dieselbe in stillem ruhigem Gebrauch Jahr

Stadtrecht von Kaufbeuern [59] werden erkaufte und ererbte Immobilien in Jahr und Tag und nach dem Recht der Stadt Regensburg [60] werden alle Immobilien in einem Jahr ersessen, während für alle übrigen Verhältnisse die gemeinrechtlichen Regeln zur Anwendung kommen. Abweichend hievon bestimmt das Preußische Landrecht, daß ohne Unterscheidung von Immobilien und Mobilien die ordentliche Ersitzung unter Anwesenden in zehn unter Abwesenden und gegen nicht privilegirte juristische Personen in zwanzig Jahren sich vollziehe [61].

Für die Berechnung gelten folgende allgemeine Grundsätze:

1. Liegt ein Wechsel zwischen Anwesenheit und Abwesenheit vor, so gelten gemeinrechtlich zwei Jahre Abwesenheit gleich einem Jahr Anwesenheit [62], während nach Preußischem Recht Abwesenheit unter einem Jahr gar nicht und jedes volle Jahr der Abwesenheit gleich sechs Monaten Anwesenheit gerechnet wird [63].

2. Die Ersitzungszeit beginnt mit Erwerbung des Besitzes [64];

---

und Tag ingehabt und besessen, hat er die Gewahrschaft daran genug und vollkommenlich ersessen, und soll in allen Rechten darbey gelassen werden, als E. E. Rath dessen Spital und dero Burgerschaft deswegen von Römischen Kaysern specialiter privilegirt ist." Vgl. Tröltsch Anmerkungen I. 131. Die hier ausgesprochene Voraussetzung der gerichtlichen Auflassung wird jetzt nicht mehr beobachtet. Vgl. oben § 136, 51.

[59] Rudolphinisches Privilegium von 1288 bei Hörmann, de Kauffburae privilegiis § 32: Quicumque etiam aliquod ad forum pertinens praedium ejusdem civitatis ratione emtionis vel haereditatis per spatium unius anni et unius diei in quieta tenet possessione, ita si intra terminum praedictum secundum juris formam non contradicitur reclamando illo non reclamante in provincia existente, de caeteris id praedium pacifice possidebit. Schreiben des Magistrats Kaufbeuren an die Stadt Vils von 1493 ebenda: „Was einer liegendes Guts in unseren Burgrechten gelegen Jahr und Tag besitzt ohne allermäniglichs rechtlich Anspruch der hat die Gewehr darauf besessen und soll füro dabei in stiller Ruh bleiben, es wäre denn daß einer der Anspruch dazu hätte nicht im Lande wäre, dem soll solches an seinen Rechten keinen Schaden bringen."

[60] Wachtgedingsordnung von 1746 I. 4 . . . „daß jeder Burger der ein oder mehr Häuser, Hofstatt, Acker, Wiesen, Weingarten, Grundboten oder einige unbeweglich gebaut oder ungebaut Gut ein ganzes Jahr friedlich und ohne richterlichen Anspruch besessen und innegehabt, bei diesem Besitz als seinem ersessenen Eigenthum ruhiglich gelassen werden soll."

[61] Pr. L.R. I. 9. 620—624. Förster, P. P.R. § 177, 82.

[62] Nov. 119. c. 8. Bayr. L.R. II. 4. 8. Anm. 3.

[63] Pr. L.R. I. 9. 621—623. Förster, P. P.R. § 177, 83.

[64] Unterholzner, Verjährungslehre § 88. Förster, P. P.R. § 177, 64.

sie wird von Tag zu Tag gerechnet, und ist mit Anbruch des letzten Tags vollendet [65].

3. Der Besitz muß während der Ersitzungszeit ununterbrochen vorhanden gewesen sein. Unterbrochen wird der Besitz dadurch daß er verloren geht (usurpatio possessionis) [66], durch Eintritt bösen Glaubens auf Seite des Acquirenten [67], durch Stellung der Eigenthumsklage [68] und durch gerichtliche Protestation gemeinrechtlich nur wenn

---

[65] l. 15. pr. D. 44. 3. In usucapione ita servatur, ut etiam si minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilominus repleatur usucapio, nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus. Unterholzner, Verjährungslehre § 90. Bayr. L.R. II. 4. 8. Nr. 5. „Pflegt man die Zeit nicht utiliter sondern continuo d. i. mit Einrechnung deren Feiertägen zu zählen dergestalt, daß sobald nur der letzte Tag erscheint, auch die Verjährung selbigen Augenblick ihr End nimmt." Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Förster, P. P.R. § 177, 82.

[66] l. 2 und 5. D. 41. 3. Usurpatio est usucapionis interruptio ... Naturaliter interrumpitur possessio cum quis de possessione vi dejicitur vel alicui res eripitur. Quo casu non adversus eum tantum qui eripit interrumpitur possessio sed adversus omnes. Bayr. L.R. II. 4. 11. Nach Preußischem Recht ist mit Verlust des Gewahrsam noch nicht der Besitzverlust gegeben vgl. Förster, P. P.R. § 177, 86 und oben § 133, 31.

[67] Schmid, Handbuch § 14, 190. Unterholzner, Verjährungslehre § 122. S. 431. Seuffert, Pandekten § 139, 9. Pr. L.R. I. 9. 611. „Außergerichtliche Handlungen unterbrechen die Verjährung durch Besitz nur insoferne als sie den Besitzer von der Unrechtmäßigkeit des Besitzes überführen, oder den vollständigen Besitz selbst aufheben." Förster, P. P.R. § 177, 97.

[68] Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob die Unterbrechung der Ersitzung durch Klagestellung nach justinianischem Recht nur für die longi temporis praescriptio oder auch für die usucapio gelte, ferner ob diese Wirkung nur der Litiscontestation oder schon der Insinuation der Klage zukomme; s. Unterholzner, Verjährungslehre § 124—128, Windscheid § 180, 7. Diese Streitfrage existirt für das Bayrische Recht nicht, da nach G. O. V. 9. Nr. 2 durch Zustellung der Klage der citirte in mala fides versetzt wird, welche Bestimmung als dem Civilrecht angehörend durch die neue Prozeßordnung nicht beseitigt ist. Auch das Preußische Recht steht auf diesem Standpunkt. L. R. I. 7. 222. Wenn kein früherer Zeitpunkt der Unredlichkeit des Besitzers ausgemittelt werden kann, so wird also der Tag der dem Besitzer durch die Gerichte beschehenen Behändigung der Klage dafür angenommen, weßhalb sowohl das Bayrische als das Preußische Landrecht Unterbrechung der Ersitzung durch die Citation des Beklagten eintreten lassen, Bayr. L.R. II. 4. 11. Anm. b, Pr. L.R. I. 9. 603, Förster, P. P.R. § 177, 91, und demnach der Ansicht folgen, welche Sintenis, Civilrecht § 51, 12 und die dort angeführten auch für das gemeine Recht als begründet ansehen. Dagegen wird nach Erk. 29/2 48 Bl. XIV. 332 der Stellung der

die Stellung der Eigenthumsklage nicht möglich ist[69], nach Preußischem Landrecht ohne diese Voraussetzung[70], nach Bayrischem Landrecht durch jede gehörig bewiesene außergerichtliche Interpellation[71].

4. Die Ersitzung muß während der ganzen Ersitzungszeit im Lauf gewesen, es darf kein Stillstand darin eingetreten sein. Die Ersitzung ruht, wenn nach Beginn der Ersitzung die Sache in das Eigenthum einer Person gelangt, gegen welche die ordentliche Ersitzung nicht läuft[72], und wenn Umstände eintreten, welche den Eigenthümer an der Verfolgung seines Anspruchs hindern[73].

5. Der Universalnachfolger und der Acquirent, der die Sache durch abgeleiteten Erwerb erhalten hat, kann den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers sich anrechnen (accessio possessionis)[74], wobei jedoch

---

Spolienklage diese Wirkung nicht beigelegt. Wenn der Proceß liegen bleibt, so ist die nun beginnende Ersitzung nur die außerordentliche von vierzig Jahren von dem letzten gerichtlichen Akt an, G.O. III. 9. Nr. 5, wie dieß auch gemeinrechtlich bestimmt ist l. 9. Cod. 7. 39, Windscheid § 180, 8.

[69] l. 2. Cod. 7. 40. Unterholzner, Verjährungslehre § 129. Seuffert, Pandekten § 139, 7.

[70] Pr. L.R. I. 9. 603. Durch Anmeldung der Klage oder Einlegung einer gerichtlichen Protestation wird die Verjährung durch Besitz insoferne unterbrochen als darauf eine Bekanntmachung an den Besitzer erfolgt. Förster, P. P.R. § 177, 91.

[71] Bayr. L.R. II. 4. 11. „Die Verjährung wird entweder naturaliter oder civiliter unterbrochen. Dieses geschieht in — oder soferne es nur genüglich dargethan werden kann auch durch außergerichtliche Interpellation." Dazu sagen die Anmerkungen d: „Die Meinung, daß sola denuntiatio protestatio und andere dergleichen actus extrajudiciales entweder gar nicht oder nur in subsidium interruptionis judicialis, wenn nämlich zu diesen letzteren keine Gelegenheit vorhanden ist, zum Unterbruch der Verjährung dienen, hat ihre Anhänger .... Communior opinio aber welche auch unser Codex annimmt hält die außergerichtliche Interpellation der gerichtlichen in diesem Stück ganz gleich, wenn jene nur durch Gezeugen oder sonst genugsam erwiesen werden kann .... man supponirt dabei, daß eine solche außergerichtliche Denunciation oder Protestation nicht aus dem leeren Ermel gezogen sondern mit so wahrscheinlichen Gründen unterstützt seie, welche partem denunciatam billig in malam fidem hat setzen können." Dieß gilt auch nach Preußischem Landrecht insoferne der Besitzer dadurch in bösen Glauben versetzt wird. Pr. L.R. I. 9. 611 oben Note 67. Förster, P. P.R. § 177, 97.

[72] Seuffert, Pandekten § 139, 4. Schmid, Handbuch § 14, 198.

[73] Windscheid § 182. Nr. 4. Schmid, Handbuch § 14, 202. Bayr. L.R. II. 4. 8. Nr. 7. Koch, Priv.R. § 163.

[74] Unterholzner, Verjährungslehre § 132. Windscheid § 181. Vangerow

Continuität des Besitzes des Nachfolgers und Vorgängers vorausgesetzt wird [75]. Gemeinrechtlich steht der böse Glaube des Autors nicht nur der accessio possessionis [76] sondern auch dem Beginn der Ersitzung des gutgläubigen Nachfolgers entgegen [77], was jedoch weder im Bayrischen [78] noch im Preußischen Landrecht [79] anerkannt ist.

§ 147.

3. Die außerordentliche Ersitzung.

Gemeinrechtlich fällt die außerordentliche Ersitzung mit der Klagenverjährung zusammen. Sie tritt also auch ein in den Fällen, in welchen die ordentliche Ersitzung aus subjektiven oder objektiven Gründen ausgeschlossen ist [1]. Sie setzt wie die ordentliche Ersitzung guten Glauben während der ganzen Ersitzungszeit [2] dagegen nicht Nachweis des richtigen Titels voraus [3], und ist mit dreißigjährigem ruhigem Besitz

---

§ 322, Anm. 2. Seuffert, Pandekten § 138. Schmid, Handbuch § 14, 148 f. Bayr. L.R. II. 4. 10. Pr. L.R. I. 9. 613. 615. Förster, P. P.R. § 177, 99.

[75] l. 15. § 1. D. 44. 3. Accessio possessionis fit non solum temporis quod apud eum fuit unde is emit sed et qui ei vendidit unde tu emisti. Sed si medius aliquis ex autoribus non possederit, praecedentium autorum possessio non proderit, quia conjuncta non est, sicut nec ei qui non possidet autoris possessio accedere potest. Seuffert, Pandekten § 138, 2, Förster P. P.R. § 177, 101. Bei der Universalnachfolge wird die Zeit in welcher niemand die Sache besessen hat mit eingerechnet, l. 31. § 5. D. 41. 3, nicht aber bei der Singularsuccession. Vangerow § 322, Nr. 2. c.

[76] l. 13. § 13. D. 41. 2. Praeterea ne vitiosae quidem possessioni ulla potest accedere.

[77] l. 11. D. 44. 3. l. 11. Cod. 7. 32.

[78] Bayr. L.R. II. 4. 10. Nr. 3. Andernfalls (wenn der Vorfahrer in mala fide war) aber hat die Einrechnung nicht statt, sondern er muß für sich selbst so lange Zeit in wirklichem Besitz sein als zur Verjährung erfordert wird, welch letzterenfalls ihm sodann mala fides antecessoris und zwar ohne Unterschied inter successionem universalem et particularem nicht mehr schadet, dafern er Successor nur seinerseits jederzeit in bona fide sich befunden hat.

[79] Pr. L.R. I. 9. 614. Auch kann ein solcher Nachfolger .... die Verjährung anfangen, wenn gleich der Besitz seiner Vorfahren unredlich gewesen ist. Förster, P. P.R. § 177, 105.

[1] Vgl. oben § 146, 1—13.

[2] l. 8. § 1. Cod. 7. 39. Auch hier wird nach neuerem Recht Fortbestand des guten Glaubens während der ganzen Ersitzungszeit vorausgesetzt. Arndts § 164. Anm. 1.

[3] Windscheid § 183, 2. Schmid, Handbuch § 14, 211. Vangerow § 325. Anm. Nr. 2. Bayr. L.R. II. 4. 6. Nr. 3.

vollendet [4], außer bei Mobilien der Kirchen und milden Stiftungen [5] und bei Sachen, deren Ersitzung durch Klagestellung unterbrochen wurde [6], zu deren Ersitzung ein vierzigjähriger Zeitraum erforderlich ist [7].

Nach Preußischem Recht ist gegen Privatpersonen und nicht privilegirte juristische Personen eine titellose Ersitzung von dreißig Jahren [8], an geraubten und gestohlenen Sachen in der Hand des ersten redlichen Besitzers [9] und bei Rechten die nicht alljährlich sondern nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können [10] von vierzig Jahren, gegen Fiskus Kirchen und die diesen gleichgestellten Corporationen von vier und vierzig Jahren [11], zur Befreiung von einer öffentlichen Last oder Abgabe [12] und zur Ueberschreitung der durch Gesetze Verträge oder richterliche Erkenntnisse klar bestimmten Grenzen einer Sache oder eines Rechtes [13] von fünfzig Jahren bestimmt.

Titel 4.

Schutz des Eigenthums.

§ 148.

I. Pfändungsrecht [1].

Nach den Grundsätzen des deutschen Rechts, welche gemeinrechtlich anerkannt sind, ist zum Schutz des Grundeigenthums bei Be-

---

[4] l. 8. § 9. Cod. 7. 39. Bayr. L.R. II. 4. 6. Nr. 3.

[5] Vgl. oben § 146, 4.

[6] Vgl. oben § 146, 68.

[7] Auf Sachen des Staats erstreckt sich dieß nicht oben § 34, 15. Gemeinrechtlich nimmt man vierzigjährige Dauer der Ersitzung auch bei Sachen des Regenten an, Seuffert, Pandekten § 140, 4, was nach Bayrischem Recht keine Anwendung findet.

[8] Pr. L.R. I. 9. 625—628. Förster, P. P.R. § 177, 108.

[9] Pr. L.R. I. 9. 648. Förster, P. P.R. § 177, 117.

[10] Pr. L.R. I. 9. 649. Förster, P. P.R. § 177, 118. Schauer, zur Lehre vom Beweis der ungewöhnlichen vierzigjährigen Verjährung Bl. X. 209.

[11] Pr. L.R. I. 9. 629. Förster, P. P.R. § 177, 128.

[12] Pr. L.R. I. 9. 656.

[13] Pr. L.R. I. 9. 660. Förster, P. P.R. § 177, 138.

[1] Vgl. Wilda, das Pfändungsrecht Z. f. d. R. I. 167. Meibom, das deutsche Pfandrecht Marburg 1867, 190. Beseler, D. Pr.R. § 55. Unger, Ö. P.R. § 111, 18. Förster, P. P.R. § 49. Die bayrischen Statuten mit Ausnahme des Bayrischen und Preußischen Landrechts kennen das Institut nicht.

schädigung durch Thiere oder Menschen [2] das Recht der Pfändung (Schüttung) gegeben, für welches folgende Grundsätze gelten: Es muß durch widerrechtliches Betreten des Grundstücks ein Schade zugefügt sein durch welchen für den Pfändenden ein Anspruch auf Entschädigung erwachsen ist [3]. Die Pfändung muß dem Pfändenden jedenfalls einen Vortheil gewähren [4], dagegen ist gemeinrechtlich Unmöglichkeit gerichtlicher Hülfeleistung nicht als Vorbedingung anzusehen [5]. Berechtigt zur Pfändung ist derjenige, welcher als der Beschädigte erscheint, daher außer dem Eigenthümer auch der Nutzungsberechtigte [6]. Die Pfändung muß auf frischer That und innerhalb der Gränzen des beschädigten Grundstücks vollzogen werden [7]; sie ist nur zuläßig an be-

---

[2] Wilda, Pfändungsrecht 259 f. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 7: hat die Pfändung nicht nur gegen Viehe um Aetz- und anderen Schaden sondern auch gegen Menschen z. E. um überackern, übermähen, überzäunen, überfahren, überreiten und dergleichen Beschädigungen statt. Pr. L.R. I. 14. 430: Personen sollen nur alsdann angehalten werden, wenn die Sachpfändung entweder gar nicht, oder nicht ohne sich zugleich der Person zu versichern bewerkstelligt werden kann.

[3] Wilda, Pfändungsrecht 269. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 3: wobei aber erforderlich ist, daß der Schade nicht nur geschehen, sondern auch ohne vorzunehmender Pfändung schwer zu beweisen oder zu erholen sei. Pr. L.R. I. 14. 413: Pfändung heißt die eigenmächtige Besitznehmung einer fremden Sache in der Absicht sich dadurch den Ersatz eines zugefügten Schadens zu versichern. Förster, P. P.R. § 49, 8.

[4] Wilda, Pfändungsrecht 270.

[5] Wilda, Pfändungsrecht 271, Beseler, Pr. R. § 55, 11. Auch das Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 3 oben Note 3 stimmt damit überein. Dagegen bestimmt Pr. L.R. I. 14. 414—416: „Pfändungen sind als eine Art der Privatgewalt nur alsdann zuläßig, wenn ohne dieselben der Zweck der Sicherstellung wegen eines schon erlittenen Schadens oder der Abwendung noch bevorstehender Beeinträchtigungen durch richterliche Hülfe nicht erlangt werden kann. Sie finden also nur statt, wenn der Beschädiger oder Störer unbekannt unsicher oder ein Fremder ist, der innerhalb der Provinz nicht belangt werden kann. Ferner alsdann, wenn die Pfändung das einzige Mittel ist, sich des Beweises der geschehenen Beeinträchtigung oder des erlittenen Schadens zu versichern." In Preußen selbst ist diese Beschränkung durch die Feldpolizeiordnung 1/11 1847 § 4 wieder aufgehoben. Förster, P. P.R. § 49, 9.

[6] Wilda, Pfändungsrecht 264. Förster, P. P.R. § 49, 17.

[7] Wilda, Pfändungsrecht 281. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 4: Muß die Pignoration solchenfalls auf frischer That geschehen. Pr. L.R. I. 14. 419—422: Die Pfändung darf nur auf frischer That, nachdem die Beschädigung oder Störung erfolgt ist, geschehen. Außerhalb der Gränzen der Feldflur auf welcher die Beschädigung oder Störung erfolgt ist, darf der Beeinträchtigte den Beschädiger oder

weglichen Sachen [8], und der Pfändende hat die Verbindlichkeit die möglichste Schonung zu üben [9]. Der Pfandnehmer hat von der geschehenen Pfändung den Eigenthümer falls dieser nicht selbst betheiligt ist zu verständigen [10], und den Gerichten unter Ablieferung des Pfandes Anzeige zu machen [11], bis dahin aber das Pfand zu verwahren [12]. Die Pfändung begründet eine Präsumtion für die geschehene Beschädigung [13] und Sicherheit für die Forderung an Schadensersatz und Kosten [14]. Das Verfahren ist für das letztere immer ein gericht-

---

Störer mit Pfändung nicht verfolgen. Hat Jemand auf einer fremden Feldflur ein auf einen gewissen Distrikt eingeschränktes Recht, so kann er nur innerhalb dieses Distrikts Pfändung vornehmen. Erstreckt sich das Revier, innerhalb dessen Jemand ein Recht auszuüben hat, über die Gränzen einer Feldflur hinaus, so bestimmen die Gränzen des Reviers den Bezirk, in welchem er Pfändungen vorzunehmen berechtigt ist. Förster, P. P.R. § 49, 10.

[8] Wilda, Pfändungsrecht 287. Kreittmayr Anm. 4 zu Bayr. L.R. II. 6. 24. Pr. L.R. I. 14. 424. Förster, P. P.R. § 49, 15. Ausnahmen s. Pr. L.R. I. 14. 418, 427, 429.

[9] Wilda, Pfändungsrecht 288. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 5: auch keine unnöthig oder allzu sichtige Uebermaaß hierunter gebraucht vielweniger mit Schlägen und andern ungebührlichen Excessen hierunter zu Werk gegangen werden. Pr. L.R. I. 14. 423 und 425. Förster, P. P.R. § 49, 11.

[10] Wilda, Pfändungsrecht 294. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 8: wenn aber Vieh gepfändet wird, soll solches pignorato, sofern er bekannt ist, gleich des andern Tags in Beisein zweier Gezeugen zugestellt und ein anderes unessendes Pfand von ihm ausgehändigt werden, da im widrigen Fall die auf seine Kosten zu verhörende Gezeugschaft statt des Pfandes dient.

[11] Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 6: Soll man das Pfand baldmöglichst und wenn keine ehehafte Hindernuß im Wege liegt längst inner drei Tagen vor Gericht bringen. Pr. L.R. I. 14. 431. „Der Pfänder muß die geschehene Pfändung den Gerichten des Orts sofort anzeigen und die gepfändeten Stücke denselben zur Verwahrung abliefern." Gemeinrechtlich wird die Verpflichtung dazu bestritten. Wilda, Pfändungsrecht 301, 316.

[12] Wilda, Pfändungsrecht 295.

[13] Wilda, Pfändungsrecht 311. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 11: Den Beweis anlangend so ist pignorans den angeblichen Schaden zu beweisen nicht schuldig, sondern das Pfand soll statt der Prob sein, solange nicht pignoratus beweisen kann, daß entweder gar kein Schaden geschehen oder von andern als von ihm und seinem Vieh zugefügt oder das Pfand anderer Ursachen wegen abgenommen worden sei. Es ist auch der Kläger auf das Pfand zu schwören nicht schuldig, ausgenommen wenn die Pfändung nächtlicher Weile geschehen ist.

[14] Wilda, Pfändungsrecht 313. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 12: „Was aber endlich die Satisfaktion betrifft muß pignoratus inner drei Tagen nach dem richterlichen Ausspruch das Pfand lösen oder es wird solches nach Maaßgab des

liches [15] und es wird durch die Pfändung der Gerichtsstand des Orts der geschehenen Pfändung begründet [16].

II. Klagen zum Schutz des Eigenthums.

§ 149.

1. Die Eigenthumsklage (rei vindicatio) [1].

Dem Eigenthümer, welchem der Gegenstand des Eigenthums vorenthalten wird, steht die Eigenthumsklage auf Herausgabe der Sache zu, welche sich nach folgenden Grundsätzen richtet:

I. Gegenstand. Gemeinrechtlich können nur körperliche Sachen vindicirt werden [2], und zwar bestimmte einzelne Sachen ganz oder zum Theil [3], oder eine Sachgesammtheit als Ganzes [4], nicht aber ein Inbegriff von Vermögensrechten [5]. Die Sache muß individuell bestimmt

---

Cod. Jud. XVIII. 17 verkauft. Man ist ferner nicht verbunden mit dem Verkauf solange zuzuwarten bis das Pfand durch die Schäden und Gerichtskosten absumirt ist." Nach Pr. L.R. I. 14. 439 gehört dazu auch das in einzelnen Provinzialgesetzen näher bestimmte Pfandgeld. Vgl. über dieses Wilda, Pfändungsrecht 303. Dem Bayrischen Landrecht ist dieß nicht bekannt.

[15] Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 12 oben Note 14. Pr. L.R. I. 14. 433.

[16] Wilda, Pfändungsrecht 319. Bayr. L.R. II. 6. 24. Nr. 10. Pr. L.R. I. 14. 437.

[1] Windscheid § 193—197. Schmid, Handbuch § 15. Förster, P. P.R. § 180.

[2] l. 1. § 1. D. 6. 1. Quae specialis in rem actio locum habet in omnibus rebus mobilibus tam animalibus quam his quae anima carent et in his quae solo continentur. Bayr. L.R. II. 2. 7. Nr. 5: gehet diese Klag nur auf einschichtig und körperliche Dinge, wohingegen die Erbschaften und unkörperliche Dinge durch andere Rechtsmittel und actiones gerettet werden, ausgenommen wenn die letztere körperlichen Dingen anhangen, dann da folgen sie der Hauptsach. Schmid, Handbuch § 15, 69.

[3] l. 76. pr. D. 6. 1. Quae de tota re vindicanda dicta sunt, eadem et de parte intelligenda sunt. Schmid, Handbuch § 15, 84. Windscheid § 193, 6.

[4] l. 1. § 3. D. 6. 1. Per hanc autem actionem non solum singulae res vindicabuntur sed posse etiam gregem vindicari Pomponius scribit... Sed enim gregem sufficiet ipsum nostrum esse, licet singula capita nostra non sint; grex enim non singula capita vindicabuntur. Schmid, Handbuch § 15, 78. Windscheid § 137, 4. Förster, P. P.R. § 180, 44.

[5] l. 56. D. 6. 1. Vindicatio non ut gregis ita et peculii recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet. Bayr. L.R. II. 2. 7. Nr. 5 oben Note 2. Schmid, Handbuch § 15, 83. Förster, P. P.R. § 180, 46.

sein [6]; daher können Quantitäten fungibler Sachen nicht vindicirt werden, sondern nur die einzelnen noch vorhandenen Stücke [7]. Ist die zu vindicirende Sache mit einer andern verbunden, so muß vor allem auf Absonderung geklagt werden, und erst nach Vollzug derselben ist Stellung der Eigenthumsklage zuläßig [8]. Ausgeschlossen ist die Vindication in allen den Fällen, in welchen nach gesetzlicher Bestimmung auch durch Uebertragung von Seite des Nichteigenthümers Eigenthum erworben wird [9]. Nach Preußischem Landrecht können auch selbstständige Gerechtigkeiten und dingliche Rechte vindicirt werden [10], und zwar gegenüber demjenigen der sie durch Anmaßung gleicher dinglicher Berechtigung beeinträchtigt, nicht gegenüber dem Eigenthümer der belasteten Sache [11].

II. Partheien. Kläger ist der nicht besitzende Eigenthümer [12],

---

[6] l. 6. D. 6. 1. Si in rem aliquis agat, debet designare rem et utrum totam an partem et quotam petat; appellatio enim rei non genus sed speciem significat.

[7] l. 8. Cod. 4. 34. Si is, qui depositam a te pecuniam accepit, eam suo nomine vel cujuslibet alterius mutuo dedit, tam ipsum de implenda suscepta fide quam ejus successores teneri tibi certissimum est. Adversus eum autem qui accepit nulla actio tibi competit, nisi nummi extent, tunc enim contra possidentem uti rei vindicatione potes. Schmid, Handbuch § 15, 36. Ueber die abweichende Bestimmung des Preußischen Landrechts vgl. oben § 136, 14a.

[8] l. 23. § 5. D. 6. 1. Item quaecunque aliis juncta sive adjecta accessionis loco cedunt ea quamdiu cohaerent dominus vindicare non potest, sed ad exhibendum agere potest ut separentur et tunc vindicentur. Schmid, Handbuch § 15, 84. Pr. L.R. I. 9. 298. Förster, P. P.R. § 180, 48.

[9] Vgl. oben § 136, 12.

[10] Pr. L. R. I. 15. 3: Auch der Eigenthümer eines Rechtes kann dieses sein Eigenthum gegen jeden Anmasser desselben verfolgen. vgl. Förster, P. P.R. § 180, 63 f.

[11] Förster, P. P.R. § 180, 65.

[12] § 2. J. 4. 6. In controversiis rerum corporalium ... is agit qui non possidet, ei vero, qui possidet, non est actio prodita per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu qui possidet nihilominus actoris partes obtinet. Vgl. darüber Arndts § 166, 2. Schmid, Handbuch § 15, 30. Vangerow § 332. S. 651. Förster, P. P.R. § 180, 29. Bayr. L.R. II. 2. 6: Kommt ihm aber die Sach aus der Hand oder wird ihm unrechtmäßiger Weis von andern vorenthalten, so mag er sie ... aller Orten retten und vindiciren ... Pr. L.R. I. 15, 1: Der wahre Eigenthümer hat das Recht seine Sache die seiner Gewahrsam ohne seinen Willen entnommen ist oder vorenthalten wird von jedem Inhaber und Besitzer zurückzufordern.

auch derjenige dessen Eigenthum beschränkt [13] oder widerruflich [14] nicht aber derjenige dessen Eigenthum suspendirt ist [15]. Miteigenthümern steht die Klage auf ihren Antheil zu [16]. Beklagter ist jeder Besitzer der Sache, sowohl der in eignem als der in fremdem Namen besitzende [17]; der Beklagte kann sich jedoch in dem letzteren Fall durch Nennung seines Autors von dem Prozeß befreien [18]. Gegen die Erben des Besitzers ist die Klage nur insoferne gegeben, als sie selbst im Besitz

---

[13] l. 33. D. 6. 1. Hac ratione si nudae proprietatis dominus petierit et inter moras ususfructus amissus fuerit ex eo tempore, quo ad proprietatem ususfructus reversus est, ratio fructuum habetur. Schmid, Handbuch § 15, 3.

[14] l. 66. D. 6. 1. Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit. Schmid, Handbuch § 15, 5. Förster, P. P.R. § 180, 30.

[15] Schmid, Handbuch § 15, 4.

[16] l. 3. § 2. D. 6. 1. Pomponius scribit, si quid quod ejusdem naturae est ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possit, non totum sed pro parte esse vindicandum, utputa meum et tuum argentum in massam redactum est erit nobis commune et unusquisque pro rata ponderis quod in massa habemus vindicabimus. Erk. München 29/12 48 Sf. III. 145. Windscheid § 193, 6. Förster, P. P.R. § 180, 31.

[17] l. 9. D. 6. 1. Officium autem judicis in hac actione hoc erit ut judex inspiciat an reus possideat; nec ad rem pertinebit ex qua causa possideat .... Quidam tamen ut Pegasus eam solum possessionem putaverunt hanc actionem complecti quae locum habet in interdicto uti possidetis vel utrubi. Denique ait ab eo apud quem deposita est .... vindicari non posse. Puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse. Windscheid § 196, 5. Schmid, Handbuch § 15, 33. Bayr. L.R. II. 2. 7. Nr. 4 unten Note 18. Pr. L.R. I. 15. 11: Das Recht der Rückforderung findet nur gegen den wirklichen Besitzer oder Inhaber der Sache statt, insoferne letzterer sich nicht durch Benennung dessen für den er besitzt von dem Anspruch befreit.

[18] l. 2. Cod. 3. 19. Windscheid § 196, 6. Schmid, Handbuch § 15, 35. Bayr. L.R. II. 2. 7. Nr. 4: Wird zwar hierinfalls auch ein bloßer Detentor pro possessore geachtet, kann aber hingegen vermög Cod. jud. Cap. 8. § 3 Autorem nominiren und sich der Klag dadurch entschütten. Pr. L.R. I. 15. 11 oben Note 17 und I. 7. 165. Proz. O. 1869. Art. 74: Der mit einer dinglichen oder dieser gleich zu achtenden Klage als Besitzer einer Sache in Anspruch genommene Beklagte kann, wenn er die Sache im Namen eines andern besitzt diesen dem Kläger benennen. 77. Erkennt der Kläger die Behauptung des Beklagten gleich Anfangs oder nach erfolgter Erklärung des Benannten als richtig an, so ist der Beklagte von der Klage zu entbinden.

sind [19]. Mitbesitzer können auf ihren Antheil belangt werden und zwar auch von einem Miteigenthümer [20]. Nach gemeinem Recht kann die Klage auch gegen den Nichtbesitzer gestellt werden in den Fällen des fingirten Besitzes [21], wenn der Nichtbesitzer unter dem Vorgeben, daß er besitze auf den Streit sich eingelassen [22], oder wenn der Besitzer um dem Anspruch zu entgehen vorsätzlich des Besitzes sich entäußert hat [23]. Dieß liegt vor bei jeder Veräußerung des unredlichen Besitzers [24], welchem nach erfolgter Insinuation der Klage der redliche Besitzer gleichsteht [25]. Der unredliche Besitzer [26] der ohne Arglist den Besitz verloren, das heißt, sich desselben nicht entäußert hat, gilt nicht als fictus possessor, und kann daher mit der Eigenthumsklage nicht belangt werden, es ist vielmehr nur eine persönliche Ersatzklage gegen ihn gegeben [27], und zwar haftet bei Besitzverlust nach der Insinuation der Klage jeder Besitzer wenn ihm ein Versehen zur Last

---

[19] l. 42. D. 6. 1. Si in rem actum sit quamvis heres possessoris si non possideat absolvatur tamen si quid ex persona defuncti commissum sit, omni modo in damnationem veniet.

[20] l. 3. § 2. D. 6. 1. Windscheid § 193, 6. Förster, P. P.R. § 182, 76. Erk. Dresden 1854. Sf. IX. 268.

[21] Vgl. oben § 129, 14.

[22] l. 25. D. 6. 1. Is qui se obtulit rei defensioni sine causa cum non possideret nec dolo fecisset quominus possideret, si actor ignoret, non est absolvendus ut Marcellus ait, quae sententia vera est. Windscheid § 196, 8. Schmid, Handbuch § 15, 37. Bayr. L.R. II. 2. 7. Nr. 4.

[23] l. 27. § 3. D. 6. 1. Sed et is qui ante litem contestatam dolo desiit rem possidere tenetur in rem actione. Windscheid § 193, 8. Schmid, Handbuch § 15, 42.

[24] l. 20. § 6. D. 5. 3. Item eos qui bona invasissent cum scirent ad se non pertinere etiamsi ante litem contestatam fecerint quominus possiderent perinde condemnandos quasi possiderent. Windscheid § 193, 8. Erk. Lübeck 1/4 45 Sf. XV. 202. Gegen den redlichen Besitzer, der vor der Klagszustellung die Sache veräußert hat, ist nur ein Anspruch auf Herausgabe des Kaufpreises dann gegeben, wenn die Sache nicht mehr vindicirt werden kann. Erk. Lübeck 17/4 60 Sf. XIV. 238. l. 17. pr. D. 6. 1. Schmid, Handbuch § 15, 61. Förster, P. P.R. § 180, 99.

[25] l. 25. § 7. D. 5. 3. post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse quinimo post controversiam motam. Schmid, Handbuch § 15, 62. Windscheid § 193, 10.

[26] Auch hier steht nach Insinuation der Klage der redliche Besitzer dem unredlichen gleich Note 25. Windscheid § 193, 10.

[27] Schmid, Handbuch § 15, 65 und 67.

fällt [28], und bei zufälligem Verlust wenn nachweislich der Verlust bei dem Kläger nicht eingetreten wäre [29]; bei Besitzverlust vor Insinuation der Klage nur der unredliche Besitzer [30] für culposen Verlust [31], für zufälligen Verlust nur wenn er Dieb oder Räuber ist [32]. Nach Preußischem Landrecht dagegen ist gegen den Nichtbesitzer überhaupt nicht die Eigenthumsklage sondern nur eine Entschädigungsklage gegeben [33].

III. Klagebegründung. Der Kläger muß den Nachweis seines Eigenthums [34], und wenn er sein Recht auf Uebertragung von

---

[28] l. 45. D. 6. 1. Si homo sit qui post conventionem restituitur siquidem a bonae fidei possessore puto cavendum esse de dolo solo debere; caeteros etiam de culpa sua, inter quos erit et bonae fidei possessor post litem contestatam.

[29] l. 15. § 3. D. 6. 1. Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris pretium non esse praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor si accepisset moram passo debere praestari; nam si ei restituisset distraxisset et pretium esset lucratus. Schmid, Handbuch § 15, 103. Seuffert, Pandekten § 152, 8. Windscheid § 193, 9.

[30] l. 31. § 3. D. 5. 3. Sicut autem sumptum quem fecit deducit, ita si facere debuit nec fecit culpae hujus reddat rationem nisi bonae fidei possessor est; tunc enim, quia quasi suam rem neglexit nulli querelae subjectus est ante petitam hereditatem. Schmid, Handbuch § 15, 60. Seuffert, Pandekten § 152, 4. Förster, P. P.R. § 165, 40. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 5. „Ist (der b. f. possessor) den an der Sach verursachten Schaden oder Abschleif zu vergüten nicht schuldig vielweniger steht er für die Unglücksfäll', wenn die Sach dadurch verloren geht."

[31] l. 31. § 3. D. 5. 3 oben Note 30. Savigny, System VI. S. 167. Schmid, Handbuch § 15, 66. Seuffert, Pandekten § 152, 5; a. M. Windscheid § 193, 13. Der ersteren Meinung schließt sich an Bayr. L.R. II. 2. 11. Nr. 8: Wenn das vindicirte Gut durch Unglücksfäll beschädigt wird oder gar verloren gehet, so haftet er für nichts, es seye dann, daß er das Gut durch Raub Diebstahl und unzuläßige Gewalt an sich gebracht oder den Casum durch eignes Verschulden veranlaßt hat. Der Schaden, welcher dolo vel culpa hierin geschiehet, muß von ihm ersetzt werden und zwar in culpa lata vel dolo nach dem eingebildeten in culpa levi aber nur nach dem wahren Werth desselben.

[32] l. 16. D. 13. 1. Qui furtum admittit .... etiamsi sine dolo malo et culpa ejus interierit res, condictione tamen tenetur. Schmid, Handbuch § 15, 65. Seuffert, Pandekten § 152, 6.

[33] Pr. L.R. I. 15. 12—16. Förster, P. P.R. § 157, 43 und 180, 41. Diesem folgt Entwurf III. 154.

[34] l. 23. pr. D. 6. 1. In rem actio competit ei qui aut jure gentium

Seite eines andern gründet, des Eigenthums seines Autors führen [35]. Läugnet der Beklagte Besitzer zu sein, so muß der Kläger den Beweis liefern [36], kann jedoch in diesem Fall, wenn er diesen Beweis erbracht hat, sofortige Besitzeinräumung ohne Nachweis seines Eigenthums verlangen [37].

IV. Inhalt. Die Klage geht auf Herausgabe der Sache mit allen Accessionen [38] an dem Ort wo sie sich befindet [39]. Verweigert der verurtheilte Beklagte die Herausgabe, so hat der Kläger die Wahl zwischen direktem Zwang und Geltendmachung des durch seinen Eid zu bestimmenden Interesse [40]. Ist dem Beklagten die Herausgabe der Sache nicht möglich weil er gar nicht Besitzer war oder böslicher

---

aut jure civili dominium adquisivit. Bayr. L.R. II. 2. 8 unten Note 35. Pr. L.R. I. 15. 1. Förster, P. P.R. § 180, 24.

[35] Schmid, Handbuch § 15, 145. Windscheid § 196, 3. Vangerow § 332, 1. Arndts § 166, 3, wo auch die näheren Angaben über die abweichenden Meinungen zu vergleichen sind. Der ersteren folgt Bayr. L.R. II. 2. 8. „Der Kläger muß in Erprobung des Eigenthums nicht nur seines Orts einen rechtmäßigen Titel, wodurch er die Sache an sich gebracht hat, sondern auch eben dergleichen von seinem Vorfahr genüglich beweisen.“ Auch die Preußische Praxis stimmt damit überein. Förster, P. P.R. § 180, 26.

[36] l. 36. pr. D. 6. 1. Bayr. L.R. II. 2. 7. Note 3.

[37] l. 80. D. 6. 1. In rem actionem pati non compellimur, quia licet alicui dicere se non possidere; ita ut si possit adversarius convincere rem ab adversario possideri transferat ad se possessionem per judicem, licet suam esse non approbaverit. Erk. Cassel 23/8 53 Sf. XIII. 209. Windscheid § 196, 7. Schmid, Handbuch § 15, 156.

[38] l. 20. D. 6. 1. Praeterea restituere debet possessor et quae post acceptum judicium per eum non ex re sua adquisivit ... nec enim sufficit corpus ipsum restitui, sed opus est ut et causa rei restituatur id est ut omne habeat petitor quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset. Itaque partus ancillae restitui debet, quamvis postea editus sit, quam matrem ejus post acceptum scilicet judicium possessor usuceperit. Schmid, Handbuch § 15, 88. Windscheid § 194, 1. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 1 und 11. Nr. 1. Pr. L.R. I. 7. 188. Förster, P. P.R. § 165, 9 und 180, 67.

[39] l. 10—12. D. 6. 1. Schmid, Handbuch § 15, 92. Windscheid § 193, 5. Seuffert, Pandekten § 152, 2.

[40] l. 68. D. 6. 1 unten Note 41. l. 2. § 1. D. 12. 3. Interdum quod intersit agentis solum aestimatur, veluti cum culpa non restituentis vel non exhibentis punitur, cum vero dolus aut contumacia restituentis vel non exhibentis quantum in litem juraverit actor. Windscheid § 193, 3. Schmid, Handbuch § 15, 91.

Weise den Besitz aufgegeben hat, so geht die Klage nur auf das letztere [41]. Mit dem Anspruch auf die Hauptsache ist gegeben:

1. ein Anspruch auf Ersatz der Verschlechterungen für welche der Beklagte in denselben Fällen und in demselben Umfang haftet wie für Ersatz des gänzlichen Verlustes [42].

2. ein Anspruch auf Herausgabe der Früchte. Es ist dabei zu unterscheiden: der redliche Besitzer hat gemeinrechtlich nur diejenigen Früchte herauszugeben, welche zur Zeit der Klagzustellung noch vorhanden sind, und die nach diesem Zeitpunkt gezogen oder versäumt werden [43]; er haftet daher nicht für die vor diesem Zeitpunkt versäumten und behält die consumirten Früchte [44], letzteres nach Bayrischem Landrecht jedoch nur insoferne er nicht dadurch bereichert ist [45], während er nach Preußischem Landrecht alle gezogenen Nutzungen und genossenen Früchte sowie die abgesonderten Früchte beweglicher Sachen und die Früchte unbeweglicher Sachen aus früheren Wirthschaftsjahren

---

[41] l. 68. D. 6. 1. Qui restituere jussus judici non paret contendens non posse restituere, siquidem habeat rem manu militari officio judicis ab eo possessio transfertur ... Si vero non potest restituere siquidem dolo fecit quo minus possit is quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit damnandus est. Windscheid § 193, 7—12. Schmid, Handbuch § 15, 97. Vangerow § 332. Anm. 3. III.

[42] l. 13. D. 6. 1. Non solum autem rem restituti verum et si deterior res sit facta rationem judex habere debebit. Windscheid § 193, 13. Schmid, Handbuch § 15, 104 vgl. oben Note 28—32. Nach Preußischem Landrecht haftet der redliche Besitzer für grobes, der unrechtfertige Besitzer für mäßiges, der unredliche für das geringste Versehen, P. L.R. I. 7. 219—240; der letztere auch für Zufall, wenn dieser den Eigenthümer nicht würde getroffen haben, Pr. L.R. I. 7. 241. Förster, P. P.R. § 165, 39. 50. 54. 55.

[43] l. 22. Cod. 3. 32. Certum est malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero extantes, post autem litis contestationem universos. Schmid, Handbuch § 15, 108.

[44] § 2. J. 4. 17. Si vero bonae fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumtorum neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt. Schmid, Handbuch § 15, 109. Windscheid § 194, 3.

[45] Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 3: Restituirt er die eingehobenen Früchte nur soweit als sie noch wirklich in natura vorhanden seind oder der Inhaber sich damit bereichert hat. Um die übrige fructus perceptos vel percipiendos aber wie auch um die extantes, welche bereits verjährt seind, haftet er keineswegs.

behält, und die des letzten Wirthschaftsjahrs mit dem Eigenthümer theilt [46]. Dagegen muß der unredliche Besitzer alle verzehrten gezogenen und ziehbaren Früchte ersetzen [47].

V. Gegenforderungen des Beklagten. Der Beklagte hat Anspruch:

1. auf Ersatz der Verwendungen. Jedem Beklagten werden die Verwendungen auf die zu restituirenden Früchte vergütet [48]. Hinsichtlich der Verwendungen auf die Hauptsache ist zu unterscheiden: Nothwendige Verwendungen werden jedem Beklagten mit Ausnahme des Diebes [49] ersetzt [50]; nützliche Verwendungen dagegen nur dem redlichen

---

[46] Pr. L.R. I. 7. 189. 193—203. Förster, P. P.R. § 165, 20 f.

[47] l. 22. Cod. 3. 32 oben Note 43. Bayr. L.R. II. 2. 11. Note 4: Restituirt er fructus extantes et consumtos perceptos et percipiendos sie seien gleich naturales civiles vel industriales, und hat keine Verjährung hierin statt, ohngeachtet das Hauptgut selbst etwan titulo oneroso erlangt worden. Pr. L.R. I. 7. 223. Förster, P. P.R. § 165, 46 und 54.

[48] l. 46. D. 22. 1. Quod in fructus redigendos impensum est non ambigitur ipsos fructus deminuere debere. Schmid, Handbuch § 15, 175. Pr. L.R. I. 7. 202 und 233—235.

[49] l. 1. Cod. 8. 52. Si invito vel ignorante te partus ancillae vel adscriptitiae tuae expositus sit repetere eum non prohiberis. Sed restitutio ejus (si non a fure vindicaveris) ita fiet ut si qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium juste consumta fuerint restituas. Schmid, Handbuch § 15, 179. Windscheid § 195, 3. Diese Ausnahme ist weder im Bayr. L.R. II. 2. 11. Nr. 6 noch Pr. L.R. I. 7. 736 anerkannt, nach beiden werden vielmehr nothwendige Verwendungen dem unredlichen Besitzer ausnahmslos vergütet.

[50] l. 5. Cod. 2. 32. Cum malae fidei possessores ejus quod in rem alienam impendunt non eorum negotium gerentes quorum res est nullam habeant repetitionem nisi necessarios sumtus fecerint, sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre. Schmid, Handbuch § 15, 178. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7: Expensae necessariae ... ziehet er (b. f. possessor) ab und bedient sich deßwegen des Retentionsrechtes, wenn gleich der Effekt nicht mehr existirt und II. 2. 11. Nr. 6. Ziehet er (m. f. possessor) von denen auf das vindicirte Gut verwendeten Kosten zwar expensas necessarias ab, und hat auch derowegen Jus retentionis zu exerciren, utiles et voluptuarias aber nimmt er soweit zurück, als es ohne Schaden des Hauptgutes geschehen mag. Pr. L.R. I. 7. 236: Die zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Substanz nothwendig gewesenen Kosten müssen dem unredlichen Besitzer sowie dem redlichen vergütet werden. Förster, P. P.R. § 165, 30 und 25.

Besitzer [51], während der unredliche Besitzer nur das Recht der Hinwegnahme hat [52], welches letztere auch dem redlichen Besitzer bezüglich der nur zum Vergnügen dienenden Verwendungen zusteht [53]. Zur Geltendmachung seiner Ansprüche hat der Beklagte gemeinrechtlich nur das Retentionsrecht [54].

2. Der Beklagte der das Interesse zu ersetzen hat, weil er schuldhaft zur Restitution des Klagobjektes nicht im Stand ist, kann von dem Kläger Abtretung des Anspruchs gegen den Besitzer verlangen [55].

3. Gemeinrechtlich hat der Beklagte keinen Anspruch auf Ersatz des für das Klagobjekt gegebenen Preises [56], wohl aber räumt das Preußische Landrecht dem gutgläubigen Erwerber einen solchen ein [57].

§ 150.

2. Die Eigenthumsfreiheitsklage.

Zum Schutz gegen Verletzung des Eigenthums durch Eingriff ist dem Eigenthümer die Eigenthumsfreiheitsklage (actio negatoria) gegeben, für welche folgende Grundsätze gelten:

I. Voraussetzungen der actio negatoria sind: 1. Es muß ein

---

[51] l. 7. § 12. D. 41. 1. Si quis in alieno solo sua materia aedificaverit illius fit aedificium cujus et solum est ... Certe si dominus soli petat aedificium, nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, poterit per exceptionem doli mali repelli, utique si nescit qui aedificavit alienum esse solum, et tamquam in suo bona fide aedificavit. Schmid, Handbuch § 15, 181. Windscheid § 195, 4. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7... Expensae ... utiles ... mag er (b. f. possessor) zwar begehren jedoch ohne Retentionsrecht und nur soweit sich die Melioration noch bezeigt. Pr. L.R. I. 7. 204—211. Förster, P. P.R. § 165, 34 f.

[52] l. 5. Cod. 3. 32 und Bayr. L.R. II. 2. 11. Nr. 6 oben Note 50. Pr. L.R. I. 7. 238. Förster, P. P.R. § 165, 52.

[53] l. 9. D. 25. 1. Windscheid § 195, 11. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7. Pr. L.R. I. 7. 210. Förster, P. P.R. § 165, 38.

[54] l. 48. D. 6. 1. Windscheid § 422, 7. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7 und II. 2. 11. Nr. 6. Pr. L.R. I. 15. 25 und 26. Die Preußische Praxis gestattet auch klageweise Verfolgung, Förster, P. P.R. § 180, 83, was manche auch gemeinrechtlich für zuläßig halten Schmid, Handbuch § 15, 92.

[55] l. 63. D. 6. 1. Schmid, Handbuch § 15, 99. Seuffert, Pandekten § 154, 5. Windscheid § 193, 12 und § 337, 1.

[56] l. 23. Cod. 3. 32. Windscheid § 195, 1. Eine Ausnahme ist häufig durch Privilegium für Leihanstalten gemacht vgl. unten § 196, 23.

[57] Pr. L.R. I. 15. 26. Förster, P. P.R. § 180, 82 f.

Eingriff in das Eigenthum vorliegen, der in einer Anmaßung von Rechten ohne Entziehung des Besitzes besteht [1], da gegen Eingriffe, die mit Entziehung des Besitzes verbunden sind, die Eigenthumsklage gegeben ist. Die Eigenthumsfreiheitsklage ist daher nur zulässig zum Schutz des Eigenthums an Immobilien [2].

2. Der Eingriff muß in einer Anmaßung von Rechten bestehen, deren Begründung eine Beschränkung des Eigenthums oder eine Erweiterung der bestehenden Beschränkung desselben bewirken würde [3], wobei jeder partielle Eingriff genügt, ohne daß dabei erforderlich wäre daß der Beklagte ein selbstständiges Recht behauptet [4]. Sie ist daher nicht nur gegen jede Anmaßung eines dinglichen Rechts namentlich einer Servitut [5] oder Reallast [6] sowie einer Hypothek [7], sondern auch gegen alle Arten von Immissionen und Verletzungen des Nachbarrechts [8] gegeben.

3. In dem Eingriff muß zwar, insoferne er ausgeführt wird, eine regelmäßig wiederkehrende [9] Beeinträchtigung des Eigenthums liegen,

[1] § 2. J. 4. 6. Nam in his is agit qui non possidet; ei vero qui possidet non est actio prodita per quam neget rem actoris esse. Schmid, Handbuch § 17, 3. Förster, P. P.R. § 181, 9.

[2] Förster, P. P.R. § 181, 2.

[3] Schmid, Handbuch § 17, 10. Seuffert, Pandekten § 183, 6. Förster, P. P.R. § 181, 11.

[4] Windscheid § 198, 8. Arndts § 169, 2. Schmid, Handbuch § 17, 5. Förster, P. P.R. § 181, 11.

[5] l. 2. pr. D. 8. 5. De servitutibus in rem actiones competunt nobis ... tam confessoria quam negatoria. Windscheid § 198, 8. Förster, P. P.R. § 181, 10. Bayr. L.R. II. 7. 11.

[6] Duncker, Reallasten 114. Unger, Ö. P.R. I. 562. Förster, P. P.R. § 188, 48. Es findet dieß auch Anwendung bei dem Ewiggeld der Stadt München Auer Stadtrecht CXCVIII.

[7] Die actio negatoria wird in der Praxis dem Eigenthümer gegen alle Einträge in öffentliche Bücher gewährt deren Löschung er im Weg des contentiösen Verfahrens erreichen will A. E. 18/3 36 Bl. I. 252; Erk. Cassel 2/4 44 Sf. IX. 138. Auch um Löschung einer Hypothek zu erwirken kann nach Bayrischem Recht die actio negatoria angestellt werden. Bl. XXIV. 4 und 17. Sf. XII. 247, 3 vgl. unten § 196, 1. Das gleiche nimmt die Praxis in Preußen und Hessen-Darmstadt an Förster, P. P.R. § 181, 17, Erk. Darmstadt 22/1 58 Sf. XII. 247.

[8] Vgl. oben § 118, 57 f. und § 125—127. Förster, P. P.R. § 181, 12 f. Erk. München 16/4 61 Sf. XIV. 208; Wolfenbüttel 3/3 46 Sf. XI. 115; Celle 22/6 37 Sf. XI. 14; Lübeck 28/6 53 Sf. XI. 114.

[9] Förster, P. P.R. § 181, 18 und oben § 128, 1.

allein es ist dabei weder wirkliche thätliche Störung [10] noch auch Behauptung eines Rechtes von Seite des Klägers [11] erforderlich.

4. Die actio negatoria ist eine Eigenthumsklage [12], und kann daher nur von dem Eigenthümer gestellt werden, der sich als solcher zu legitimiren hat [13]. Bestritten ist ob wenn der Kläger sein Eigenthum bewiesen der Beklagte den Nachweis der Beschränkung desselben zu liefern habe [14], oder ob der Kläger zugleich den Beweis der Nichtexistenz der Beschränkung immer [15] oder doch dann erbringen müsse, wenn der Gegner im Besitz des Beschränkungsrechts sich befindet [16]. Letztere Auffassung ist die des Bayrischen Landrechts, nach welchem, wenn Beklagter in zehnjährigem ruhigem Besitz der Servitut sich befindet, der Beweis der Freiheit des Eigenthums dem Kläger obliegt [17], und die Praxis des O.G. H. hat sich daher auch für das gemeine

---

[10] Windscheid § 198, 9. Arndts § 169, 3. Seuffert, Pandekten § 183, 1. A. M. Schmid, Handbuch § 17, 7. Hesse, Jahrb. f. Dogm. VIII. 92, 122. Die erstere Ansicht ist im Preußischen Recht recipirt Förster, P. P.R. § 181, 20.

[11] Windscheid § 108, 7. Förster, P. P.R. § 182, 31. Erk. Darmstadt 1841 Sf. XV. 101; Dresden 24/4 62 Sf. XVI. 11.

[12] Schmid, Handbuch § 17, 1. Erk. 11/3 65 Bl. XXX. 224.

[13] Windscheid § 198, 12. Förster, P. P.R. § 181, 3.

[14] Dieß ist jetzt die gewöhnliche Meinung. Puchta § 172 d. Vangerow § 353, 2. Schmid, Handbuch § 17, 12. Windscheid § 198, 15. Förster, P. P.R. § 181, 4. Erk. Darmstadt Sf. I. 409; Celle 26/4 55 Sf. IX. 260 und 5/11 43 Sf. X. 139; Rostock 8/11 55 und 15/6 57 Sf. XV. 102; Oldenburg 1847 und 1859 Sf. XVII. 211; Lübeck 30/3 55 Sf. XIX. 125; O.A.G. Berlin 19/10 67 Sf. XXI. 102; sie ist im Pr. L.R. I. 7. 182 gesetzlich anerkannt Förster, P. P.R. § 181, 5, und auch Entwurf III. 179 angenommen.

[15] Pape, Z. f. C.R. XVI. 6. Du Roi, A. f. C. Pr. XL. 2. s. dagegen Schmid, Handbuch § 17, 16 f.

[16] Heise, A. f. C. Pr. XL. 3. Seuffert, Pandekten § 183, 5. Brinz, Pandekten I. 238. Erk. Stuttgart 2/3 47 Sf. II. 142. Das O.A.G. Lübeck hat in den Erk. 15/1 36, 14/3 39 und 17/6 51 Sf. XIX. 125, 4 diese Auffassung als in der Praxis des Bremer Rechtes begründet erklärt.

[17] Bayr. L.R. II. 7. 11. Nr. 2. Fundirt sich diese Klage in der natürlichen Freiheit, folglich ist der Kläger, welcher dem Beklagten seine angemaßte Gerechtsame nur simpliciter negirt, den Beweis zu machen nicht verbunden, sondern es muß vielmehr der Beklagte selbst die angebliche Servitut oder Gerechtigkeit, ungeachtet er etwan in possessione momentanea wäre, erweisen, weil die sonst in regula für den Besitz obwaltende rechtliche Muthmaßung, soviel das momentaneum betrifft, nicht so stark, als die pro libertate naturali ist. Wenn demnach in besagtem possessorio momentaneo auf die Servitut einmal gesprochen worden, so bleibt zwar der Obsieger so lang im Besitz, bis in

Recht der letzteren Meinung vielfältig angeschlossen [18], obwohl sich auch entgegenstehende Erkenntnisse finden [19].

II. Kläger ist der besitzende Eigenthümer [20], auch der Miteigenthümer, sowohl gegen seine Miteigenthümer [21] als gegen dritte; Beklagter jeder der die Störung ausgeübt hat [22].

III. Die Klage ist gerichtet auf Beseitigung des das Eigenthum beeinträchtigenden Zustandes, namentlich störender Anstalten, und Wiederherstellung des früheren Verhältnisses [23], Ersatzleistung für allen aus dem Eingriff erwachsenen Schaden [24] und Sicherstellung gegen künftige Störungen [25].

§ 151.

3. Schutz des Ersitzungsbesitzes.

Zum Schutz des Ersitzungsbesitzes ist gemeinrechtlich eine der Eigenthumsklage nachgebildete dingliche Klage, Publiciana in rem actio, gegeben [1]. Voraussetzung ist dabei, daß der Kläger Erwerbung des Besitzes einer ersitzungsfähigen Sache unter den zur ordentlichen

---

petitorio ein anderes erkannt wird, aber von dem Beweis, welcher auf die in jetztbemeltem petitorio gestellte actionem negatoriam gemacht werden soll, ist er nicht befreiet, er seie dann wenigst in zehnjährigem ruhigem Besitz gewest, welchenfalls die praesumptio pro libertate der pro possessione solange ausweicht, bis gleichwohl die Freiheit in petitorio genüglich dargethan ist.

[18] Erk. 13/9 44 Bl. IX. 363; 3/8 52 Bl. XVIII. 240 und *43; 29/3 45, 24/9 45, 27/12 49, 16/8 51 Sf. XV. 102; 1/3 38 Du Prel V. 146; 12/2 21 Arends III. 166; 18/7 45 Arends IV. 47.

[19] Erk. 19/1 33, 22/5 40, 31/12 41, 21/6 45, 25/2 51, 2/9 53 Sf. XV. 102.

[20] Vgl. oben Note 13.

[21] l. 11. l. 14. § 1. D. 8. 5. Pagenstecher, Eigenthum III. 188. Förster, P. P.R. § 181, 26. Erk. Jena 1843 Sf. VII. 289; München 29/12 48 Sf. III. 145; 20/4 52 Sf. IX. 268. a. M. Windscheid § 169 a, 4. Hesse in Jahrb. f. Dogm. VIII. 60.

[22] Förster, P. P.R. § 182, 31.

[23] l. 14. pr. D. 8. 5. Schmid, Handbuch § 17, 10. Windscheid § 198, 2. Bayr. L.R. II. 7. 11. Nr. 1.

[24] Windscheid § 198, 5. Förster, P. P.R. § 182, 39.

[25] l. 12. D. 8. 5. Schmid, Handbuch § 17, 11. Windscheid § 198, 6. Förster, P. P.R. § 182, 39.

[1] Pagenstecher, Eigenthum III. 193. Schmid, Handbuch § 16. Vangerow § 335. Windscheid § 199.

Ersitzung erforderlichen Voraussetzungen nachweist [2], und daß der Beklagte nicht besseres [3] oder gleiches [4] Recht auf die Sache hat. Unter diesen Voraussetzungen ist zum Schutz des Ersitzungsbesitzes eine Klage gegeben, die sich nach den für die Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen richtet [5]. Analog findet dieß auch Anwendung auf den Anspruch wegen Eingriffs [6]. Das Preußische Recht hat dieses Rechtsmittel ausgedehnt, indem es überhaupt das bessere Recht zum Besitz durch eine dingliche Klage schützt [7].

Caput 3.

Die Dienstbarkeiten [1].

§ 152.

Allgemeine Grundsätze.

Dienstbarkeiten sind Rechte an einer fremden Sache, welche dem Berechtigten die Befugniß geben auf diese in einer das Eigenthum beschränkenden Weise einzuwirken, indem der Eigenthümer gewisse Handlungen des Berechtigten dulden muß, oder vermöge der Dienstbarkeit gewisse in der Befugniß des Eigenthümers liegende Handlungen nicht vornehmen darf [2]. Erwerben kann eine Dienstbarkeit außer dem später

---

[2] Windscheid § 199 Nr. 1. Bayr. L.R. II. 2. 9. Erk. 7/2 54 und 15/4 56 Bl. XXIII. 65.

[3] Windscheid § 199, 12.

[4] Windscheid § 199, 13.

[5] l. 7. § 8. D. 6. 2. In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus. Bayr. L.R. II. 2. 9: im übrigen hat es mit gegenwärtiger Aktion die nämliche Beschaffenheit wie mit obgedachter rei vindicatione.

[6] Windscheid § 199, 3.

[7] Förster, P. P.R. § 164.

[1] Vgl. Luden, die Lehre von den Servituten Jena 1837. Hoffmann, die Lehre von den Servituten Darmstadt 1838. Elvers, römische Servitutenlehre Marburg 1843. Schönemann, die Servituten Leipzig 1866. Windscheid § 200—217. Arndts § 175—194. Seuffert, Pandekten § 160—183. Förster, P. P.R. § 185—87.

[2] Arndts § 175. Seuffert, Pandekten § 160, 2. Bayr. L.R. II. 7. 1: die Dienstbarkeit ist eine Gerechtsame, deren man sich zu eignem Besten auf fremdem Grund zu erfreuen hat. Förster, P. P.R. § 185, 1 erklärt sie als dingliche Gebrauchs- und Nutzungsrechte auf eine fremde Sache.

Berechtigten auch ein Stellvertreter [3], Grunddienstbarkeiten auch der Nutzeigenthümer [4] und nach Bayrischem Landrecht der Nutznießer [5]. Jede Dienstbarkeit setzt ein Objekt voraus auf das sie sich bezieht; dieses muß regelmäßig eine körperliche Sache sein [6]; durch besondere gesetzliche Bestimmung ist die Bestellung von Dienstbarkeiten an Dienstbarkeiten ausgeschlossen [7]. Die Dienstbarkeit muß, da niemand eine Servitut an seiner eigenen Sache haben kann [8], an einer fremden [9]

[3] Elvers, Servituten 696. Bayr. L.R. II. 4. 6.

[4] Elvers, Servituten 695. Windscheid § 212, 7. Erk. Celle 1849 Sf. VII. 155. Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 5.

[5] Gemeinrechtlich kann der Nutznießer keine Grunddienstbarkeit erwerben l. 15. § 7. D. 7. 1. Quibus consequenter fructuarius quidem acquirere fundo servitutem non potest retinere autem potest. Elvers, Servituten 695. Windscheid § 212, 7. Dagegen bestimmt Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 5. „Auf Seiten des Acquirentens wird zwar nach Römischem Recht das Eigenthum in praedio dominante bei denen Grunddienstbarkeiten erfordert, nach teutsch- und hiesigen Landrechten aber kann solche auch ein bloßer Usufructuarius und zwar beständig auf das Gut bringen."

[6] Eine Ausnahme ist nur für den Nießbrauch begründet, der auch an Rechten bestellt werden kann. Vgl. unten § 157, 13 und Windscheid § 206, 7.

[7] l. 1. D. 33. 2 ... quia servitus servitutis esse non potest. Seuffert, Pandekten § 160, 6. Förster, P. P.R. § 185, 34. Vangerow § 338. Anm. 2, 3. Ueber die Ausnahmen welche manche beim Nießbrauch machen vgl. Windscheid § 200, 5 und § 206, 10. Dieser letzteren Ansicht ist Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 7. 1: Servitutem in servitute läßt das römische Recht zwar ebenfalls nicht zu ... welches jedoch in jure hodierno nur mehr in servitutibus ejusdem nicht aber diversi generis angehen mag ... denn bei jenen ist es casus vix dabilis wo sich servitus servitutis natürlicher Weise ergeben könnte, wohl aber kann solches bei diesen gar leicht geschehen per exempla in Cap. seq. 9 (von Nutznießung).

[8] l. 26. D. 8. 2 nulli enim res sua servit. Elvers, Servituten 125. Windscheid § 200, 4. Seuffert, Pandekten § 160, 3. Kreittmayr, Anm. e zu L.R. II. 7. 1. Förster, P. P.R. § 185, 33.

[9] Manche nehmen an, daß der Miteigenthümer an der gemeinschaftlichen Sache eine gegen seinen Miteigenthümer wirkende und diesen in seinen Rechten an der gemeinschaftlichen Sache beschränkende Dienstbarkeit erwerben könne s. Glück, Comment. IX. 7, 20. Luden, Servituten § 6, 2. Erk. Dresden 25/11 44 Sf. VI. 153. Mit Recht verwerfen dieß vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus Holzschuher, Theorie § 111, 7 b, Vangerow § 340, Anm. 2, 1 c und § 342. Anm. 1, 2; vgl. auch Elvers, Servituten 129. Nach Bayrischem Recht ist jedoch die Zuläßigkeit anerkannt bezüglich der im Miteigenthum stehenden Privatflüsse, vgl. unten § 165, 6.

und zwar an einer in Verkehr befindlichen Sache [10] zustehen. Die Dienstbarkeit besteht in einer Beschränkung der Freiheit des Eigenthums, indem der Eigenthümer der dienenden Sache verpflichtet wird dem Berechtigten eine Einwirkung auf dieselbe zu gestatten, oder Verfügungen über die dienende Sache, die ihm sonst als Eigenthümer zustehen, zu unterlassen, nicht aber eine Leistung vorzunehmen [11]. Die Meinung, daß es nach deutschem Recht Dienstbarkeiten gebe, welche zu einer Leistung verpflichten, entbehrt der Begründung [12].

---

[10] Elvers, Servituten 125; vgl. oben § 116, 16, wo mehrere Erkenntnisse mitgetheilt sind, welche aussprechen, daß an öffentlichen Plätzen Straßen und Wegen Dienstbarkeiten durch Verjährung nicht erworben werden können. Dagegen erscheint Einräumung durch besondere Verleihung zuläßig vgl. oben § 116, 17, Erk. Dresden 1848 Sf. II. 294, Stuttgart 16/4 47 Sf. III. 146, Lübeck 17/6 43 Sf. IX. 136. Erk. Jena 28/2 32 Sf. VI. 140 ist ausgesprochen, daß an einem Kirchhof als einer res religiosa eine Servitut erworben werden könne.

[11] l. 15. § 1. D. 8. 1. Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, veluti viridaria tollat, aut amoeniorem prospectum praestet, aut in hoc, ut in suo pingat, sed ut aliquid patiatur aut non faciat. Elvers, Servituten 52; Glück, Comment. X. 7 f.; Windscheid § 201, 3; Seuffert, Pandekten § 160, 4. Auch das Preußische Recht stimmt hiemit überein Förster, P. P. R. § 185, 32 f.

[12] Windscheid § 201, 3, Vangerow § 338, Anm. 2, 1. Früher war diese Auffassung allgemein, und man sah darin eine wesentliche Modifikation des gemeinen Rechts durch die Principien des deutschen Rechts; man erklärte daraus einerseits die Reallasten, s. die bei Dunker, Reallasten § 5 citirten und unten § 169, theils die Bannrechte s. Titius de servitute faciendi Lips. 1710, Gerhard de servitutibus in faciendo Jena 1710. Dieß findet sich noch Bayr. L.R. II. 7. 1. Nr. 1. »affirmativa wenn derjenige welcher hiezu verbunden ist entweder in dem Seinigen etwas zu leiden oder zu thun hat," und wird ausführlich begründet von Kreittmayr, Anm. 1 c zu L.R. II. 7. 2. „Unter die erste rechnet unser Codex auch jene, da man nicht nur etwas leiden oder gestatten sondern sogar selbst etwas thun muß, dann obschon nach Römischen Rechten natura servitutis nur in patiendo vel non faciendo nicht aber in faciendo bestehet, ... so ist doch dieses nur eine römische Subtilität, welche nichts heißt, und weder mit dem Jure naturae noch Germanico et hodierno übereinstimmt." Diese Ansicht wird aber auch vom Standpunkt des deutschen Rechts aus jetzt allgemein verworfen s. Hupfeld, servitus in faciendo consistere nequit Marburg 1817, Mittermair, D. P.R. § 166, 20, Maurenbrecher, D. P.R. § 260, 1, Erk. Dresden 9/5 63 Sf. XVIII. 15. Auch für das Bayrische Landrecht scheint sie mir nicht mehr haltbar, obwohl sie in den Text des Gesetzes aufgenommen ist. Ausnahmsweise kann bei einzelnen Servituten eine Verpflichtung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks zur Reparatur der

Als Beschränkung des Eigenthums ist die Dienstbarkeit strikt zu interpretiren, daher ist im Zweifel gegen das Dasein und den Umfang der Dienstbarkeit zu entscheiden [13].

Ihrem Inhalt nach unterscheidet man bei den Dienstbarkeiten:

1. Persönliche und Grunddienstbarkeiten [14].

2. Affirmative und negative Dienstbarkeiten, jenachdem der Eigenthümer der belasteten Sache zu einem Leiden oder einem Nichtthun verpflichtet ist [15].

3. Ständige und nichtständige Dienstbarkeiten (servitutes continuae, discontinuae) [16], je nachdem die Ausübung eine fortwährende ist oder nicht [17].

4. Regelmäßige und unregelmäßige Dienstbarkeiten. Diese Unterscheidung wird in doppelter Weise gemacht, für Grunddienstbarkeiten, welche als Personalservituten bestellt werden (irreguläre Personalservituten) [18], und für Grunddienstbarkeiten bei welchen die Unterscheidung der städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten verwischt ist (irreguläre

---

zur Ausübung nöthigen Anstalten vorkommen, vgl. unten § 162, 34. Der in Erk. 5/2 69 Bl. XXXVI. 248 ausgesprochenen Ansicht, daß der in Alimentationsbeiträgen, Wohnungsrecht u. s. w. bestehende Auszug eine Personalservitut sei, kann ich mich nicht anschließen s. unten § 169.

[13] Seuffert, Pandekten § 160, 5, Erk. 13/12 44 Sf. VI. 314. Bayr. L.R. II. 7. 6. Nr. 8. „Pflegt man solche in zweifelhaften Fällen allezeit auf das engst und eingeschränkteste zu erklären."

[14] l. 1. D. 8. 1. Windscheid § 201, 4. Bayr. L.R. II. 7. 2. Nr. 5. Förster, P. P.R. § 185, 14. vgl. unten § 156 und 162.

[15] l. 15. § 1. D. 8. 1 oben Note 11; Windscheid § 201, 1; Seuffert, Pandekten § 161, 1. Bayr. L.R. II. 7. 2. Nr. 1. 2. Pr. L.R. I. 7. 81 und 86 nennt die ersteren negative die letzteren Untersagungsrechte Förster, P. P.R. § 185. 9 f. Eine andere Unterscheidung bezeichnet die ersteren als servitutes habendi und faciendi, die letzteren als servitutes prohibendi Vangerow § 339. Anm. II.

[16] Diese Bezeichnung ist nicht quellenmäßig, Windscheid § 201, 9, aber in unserer Rechtssprache allgemein anerkannt, Bayr. L.R. II. 7. 2. Nr. 3. Das Preußische Landrecht unterscheidet die gewöhnlich und die nur bei gewissen Gelegenheiten geübten Dienstbarkeiten Förster, P. P.R. § 185, 29.

[17] Windscheid § 201, 10, Seuffert, Pandekten § 161, 1 a, Arndts § 184, Anm. 2. Bayr. L.R. II. 7. 2. Nr. 3: continua welche für sich selbst ohne menschliche Uebung besteht . . . discontinua, deren Gebrauch lediglich auf menschlicher Uebung beruhet mithin auch öfters unterbrochen wird . . . Förster, P. P.R. § 185, 29.

[18] Vgl. unten § 156.

Prädialservituten)[19]. Beide Unterscheidungen sind nicht allgemein anerkannt[20].

Titel 1.

Erwerb Verlust und Schutz der Dienstbarkeiten.

§ 153.

I. Entstehung der Dienstbarkeiten.

Dienstbarkeiten können unmittelbar durch eine gesetzliche Vorschrift gegeben sein oder durch einen besonderen Akt der Entstehung begründet werden[1]. Der Begründungsakt kann auf dem Willen des Verpflichteten beruhen oder ohne seine Zustimmung vollzogen werden. Als die einzelnen hier in Betracht kommenden Arten der Begründung von Dienstbarkeiten erscheinen daher nach unserem Recht:

I. Gesetz. Nach der gewöhnlichen Ansicht soll jetzt die Entstehung unmittelbar durch Gesetz nur bei dem Nießbrauch vorkommen[2]. Das römische Recht kannte mehrere Fälle der Begründung gesetzlicher Dienstbarkeiten an Grundstücken, die zum Theil freilich jetzt nicht mehr praktisch sind[3], jedoch die Möglichkeit der Begründung von Grunddienstbarkeiten durch gesetzliche Bestimmung für unser gemeines Recht zweifellos machen[4]. Als das Unterscheidungsmerkmal der gesetzlichen

---

[19] Vgl. unten § 162, 13.

[20] Die letztere ist auch hier verworfen vgl. unten § 162, 13.

[1] Allgemein verboten ist in Bayern die Errichtung neuer Forstdienstbarkeiten; selbst die Vollendung der Ersitzung ist vom 1. Januar 1853 an ausgeschlossen, vgl. unten § 166, 30.

[2] Windscheid § 214, 3, Seuffert, Pandekten § 176, 2, Arndts § 190.

[3] Becker, Eigenthumsbeschränkungen Jahrbuch V. 201 zählt fünf auf, nämlich die Erweiterung der aquae pluviae arcendae actio (179), das Verbot des Verbauens des Luftzuges einer Tenne und der Aussicht auf das Meer (191), des Verbauens des Lichts (190), und der Anlage von Gräbern (188). Die letzte der hier aufgeführten Dienstbarkeiten ist jetzt zweifellos unpraktisch, während die Lichtservitut wenigstens nicht zweifellos ist vgl. unten § 168, 11. Dagegen scheinen die drei ersten gemeinrechtlich auch jetzt noch begründet, und ich habe daher das Verbot des Verbauens des Luftzugs unten § 168, 5 unter den Gebäudedienstbarkeiten aufgeführt. Die Erweiterung der aquae pluviae arcendae actio ist in Bayern durch die neuere Gesetzgebung beseitigt unten § 165, 1.

[4] Entwurf III. 304, 2 hat daher mit Recht die gesetzliche Einräumung als Entstehungsgrund der Grunddienstbarkeiten aufgeführt.

Servitut und der Eigenthumsbeschränkung ist der Umstand zu bezeichnen, daß die erstere ihre Begründung nur in den vorausgesetzten besonderen Verhältnissen des Nachbargrundstücks findet, daher sie auch wegfällt, wenn diese Voraussetzung nicht vorhanden ist [5], während die letztere jedem Grundstück ohne Rücksicht auf die besondere Beschaffenheit der Nachbargrundstücke aufgelegt ist [6]. Auch in unseren Statuten ist das Gesetz als Entstehungsgrund der Dienstbarkeit anerkannt, nicht nur des Nießbrauchs [7], sondern auch der Grunddienstbarkeiten [8]. Die gesetzliche Dienstbarkeit ist mit dem Eintreten des Verhältnisses gegeben, welches nach der gesetzlichen Bestimmung dazu Veranlassung geben soll, und hört mit der Beendigung dieses Verhältnisses auf [9].

II. Die Privatdisposition [10]. Berechtigt zur Bestellung einer Servitut ist nur der Eigenthümer [11]; Miteigenthümer können einseitig nur einen Nießbrauch [12] nicht aber andere Dienstbarkeiten [13] bestellen;

---

[5] Vgl. oben § 121, 11 und Becker, Eigenthumsbeschränkungen 152. Vgl. auch Windscheid § 169, 2, der diese Unterscheidung nicht anerkennt, und § 169, 14 das Verbot des Verbauens des Luftzugs unter die Eigenthumsbeschränkungen stellt.

[6] Der Unterschied der Eigenthumsbeschränkung und Legalservitut tritt am schärfsten in den Bestimmungen des Preußischen Landrechts über das Bauen auf der Grenze hervor, das allgemein eine Entfernung von anderthalb Fuß gegenüber einem Gebäude des Nachbars aber von drei Fuß vorschreibt, vgl. oben § 126, 6 und unten § 168, 7.

[7] Vgl. unten § 158.

[8] Als gesetzliche Grunddienstbarkeiten finden sich in unserem Recht: das Verbot des Verbauens des Luftzugs der Dreschtenne unten § 268, 5; die Baubeschränkungen des Preußischen Augsburger und Regensburger Rechts unten § 168, 7. 8. 9 und 41; die Beschränkungen bei Anlagen in der gemeinsamen Mauer unten § 168, 10. Auch das Recht eine Communmauer einseitig höher zu bauen oben § 120, 69 könnte unter diesen Gesichtspunkt gestellt werden.

[9] Vgl. unten § 154, 6.

[10] Vgl. Schmidtlein, de servitutibus per pactum constitutis Gött. 1823. Härtel, de servitutibus per pacta et stipulationes constitutis ex jure Romano Lipsiae 1828.

[11] l. 6. pr. D. 8. 1. Seuffert, Pandekten § 174, 2. Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 1: „Auf Seite des Constituentens wird erfordert, daß er von der Sach, welche mit der Dienstbarkeit beschwert werden solle, Herr sein und damit disponiren zu können freie Macht habe." Verboten ist in Bayern die Bestellung neuer Weiderechte, vgl. unten § 163, 7.

[12] l. 31. D. 33, 2. Vgl. oben § 120, 50.

[13] l. 2. D. 8. 1. Windscheid § 212, 3. Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 2.

Nutzeigenthümer können Dienstbarkeiten nur für die Dauer ihres Rechts einräumen [14], welches Recht nach Bayrischem Landrecht auch dem Nutznießer zusteht [15]. Die Bestellung kann geschehen:

1. Durch Vertrag. Die Einräumung kann direkt durch darauf bezügliche Uebereinkunft [16] oder indirekt erfolgen, und zwar entweder durch Verfügung von Seite des Eigenthümers des Grundstücks welches dadurch zum dienenden wird [17] oder durch Vorbehalt bei Veräußerung der Sache die dadurch zur dienenden wird [18]. Bestellung durch Ver-

---

[14] l. 1. pr. D. 8. 4. l. 1. § 9. D. 43. 18. Elvers, Servituten 692. Glück, Comment. IX. 42, 13.

[15] Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 4.

[16] Glück, Comment. IX. 64. Bayr. L.R. II. 7. 3. Nr. 1. Pr. L.R. I. 21. 1; I. 22. 13. Förster, P. P.R. § 187, 7. Auch bei gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen kann die vertragsmäßige Auflegung einer Servitut vorkommen. A. M. Becker, Eigenthumsbeschränkungen 205.

[17] Nach Regensburg W. G. O. XI. 3 liegt in dem Zumauern aller Fenster einer nach der Seite des Nachbars gerichteten Wand ein Verzicht auf Fensteranlage nach dieser Seite und demnach die Begründung einer Dienstbarkeit, vgl. Erk. 7/9 68 Bl. XXXIV, 128 und unten § 168, 9 und 36. Eine solche Verfügung wird angenommen, wenn der Eigenthümer ein Grundstück, zu dessen Vortheil er bisher ein anderes in seinem Eigenthum stehendes Grundstück benützt hat, veräußert und sich aus den Umständen eine stillschweigende Bestellung (Widmung) entnehmen läßt l. 3 und 6 pr. D. 8. 4, Haertel, de servitutibus § 39, Sintenis, Civilrecht § 64, 5, Erk. Mannheim 29/1 47 Sf. XI. 121, Stuttgart 25/6 44 Sf. XIII. 212, Wiesbaden 1858 Sf. XX. 209, Cassel 1863 Sf. XXI. 105. Dagegen ist Anerkennung von Seite des Verpflichteten nicht ein Rechtstitel sondern nur ein Beweismittel Erk. 15/5 47 Bl. XIV. 107; 20/1 58 Bl. XXIII. 305.

[18] l. 6. pr. D. 8. 3, Haertel, de servitutibus § 37, Glück, Comment. IX. 70, Elvers, Servituten 712, Windscheid § 212, 10, Seuffert, Pandekten § 174, 7, Arndts § 188, 2. Erk. 12/2 41 Bl. VII. 296; Jena 22/1 39 Sf. IV. 20 f. Kreittmayr, Anm. d zu L.R. II. 7. 3: „Da nämlich jemand zweierley Güter inn hat, deren eins dem andern z. E. mittelst des Durchtriebs, Weidbesuchs oder sonst reellen Nutzen verschafft, so lange nun diese zwei Güter unter einem Herrn beisamm seynd, können sie darum nicht wohl einander dienen, weil zu einer wahren Dienstbarkeit nicht nur zwei praedia sondern auch obverstandenem principio nach, quod res propria nemini serviat, allemal zwei differente Herrschaften von beiden Gütern erfordert werden ...... falls nun eins oder gar alle beide mittelst der Veräußerung unterschiedliche Herrn überkommen, so erwachset der nemliche Durchtrieb, Weidbesuch oder anderer Nutzen, welchen man vorhero von einem Gut auf dem andern jure dominii genossen hat, per alienationem ipso facto zur förmlichen Servitut.“ Ulm V.O. VIII. 5 und Memmingen V.O. XII. 4. „Im Fall aber ein Burger Bey- oder Inwohner

trag bedarf wenn sich die Dienstbarkeit auf unbewegliche Sachen bezieht nach Bayrischem Recht der notariellen Verbriefung [19], bei beweglichen Sachen nach Preußischem Landrecht der schriftlichen Errichtung, wenn der Werth fünfzig Thaler übersteigt [20]. Bestritten ist, ob zur Entstehung der Vertrag genüge [21] oder ob Quasitradition erforderlich sei [22].

2. Durch letztwillige Verfügung, indem der Testator an einer Erbschaftssache eine Servitut zu Gunsten eines Dritten errichtet [23].

III. Richterliche Verfügung. Der Richter kann die Bestellung einer Dienstbarkeit anordnen in Theilungssachen [24], und wenn das eine Grundstück ohne die dem anderen Grundstück aufzulegende Dienstbarkeit unbrauchbar sein würde. Der gewöhnlichste Fall ist der

---

zwo oder mehr Eigenthumliche Behausungen an- bei- und hinder einander liegend hätte, und under solcher Zeit seines Eigenthumlichen Innhabens an deß einen Hauses Mauer oder Wand und desselben Trauf einen Anstoß oder Anbau machte und solch Haus darmit beschwerte, nachfolgends aber solch beschwerdte Haus mit dieser Beschwerung oder Servitut verkaufte, so solle dieser Anstoß für kein Vergünstig sondern vielmehr für ein Dienstbarkeit und Servitut zu achten und zu halten sein; Also daß solch Haus diese Servitutem zu ewigen Zeiten oder so lang solcher Bau in esse verbleibt zu haben und zu tragen schuldig ist."

[19] Not.Ges. Art. 14, Zink, Comment. 433. Nach Pr. L.R. I. 5. 135 genügte bei Grundgerechtigkeiten schriftliche Errichtung Förster, P. P.R. § 187, 7. Die Vorschrift Regensburger W. G. O. XI. und Augsburg B. O. II. 2. 24, daß zur Errichtung von Hausdienstbarkeiten Genehmigung des Raths erforderlich sei, scheint mir eine bloß administrative Anordnung zu sein, der privatrechtliche Wirksamkeit nicht zukommt.

[20] Pr. L.R. I. 5. 131.

[21] Dieß ist die jetzt herrschende Meinung Elvers, Servituten 697 a, Arndts § 188, 1, Windscheid § 212, 1 und die dort angeführten, Schönemann, Servituten § 38, 18, Hoffmann, Servituten § 89, Erk. Darmstadt 28/1 57 Sf. XII. 130. Dafür entscheidet sich auch bei Grunddienstbarkeiten die Preußische Praxis Förster, P. P.R. § 187, 21, wogegen Förster, P. P.R. § 187, 30 für das Preußische Recht die entgegenstehende Ansicht vertheidigt.

[22] Diese Ansicht führen aus Vangerow § 350, 1, Brinz, Pandekten § 73, Seuffert, Pandekten § 174, 4, Erk. Dresden 14/2 61 Sf. XV. 5, Wiesbaden 16/10 63 Sf. XX. 110, und ebenso Kreittmayr Anm. 1 c zu L.R. II. 7. 4: „Bei servitutibus, welche per pactum erlangt werden, ist inter promissionem et constitutionem zu distinguiren, dann die letztere wird nicht durch das bloße Versprechen sondern erst mittels der Uebergab zu Stand gebracht," und Anm. c zu L.R. II. 7. 9.

[23] l 6. pr. D. 7. 1; Elvers, Servituten 717; Bayr. L.R. II. 7. 3. Nr. 1; Förster, P. P.R. § 186, 30 und § 187, 7.

[24] Elvers, Servituten 735; Windscheid § 214, 1; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 7. 3.

des Nothwegs [25]; es steht jedoch auch gemeinrechtlich nichts entgegen, nach Analogie des Preußischen Rechts [26] das darin ausgesprochene Princip auch auf andere Fälle anzuwenden [27]. Es wird dabei vorausgesetzt, daß das Grundstück [28] für welches die Dienstbarkeit in Anspruch genommen wird ohne Auflegung derselben nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden kann [29], ohne daß jedoch dieses Verhältniß

---

[25] Dieser wird in den gemeinrechtlichen Darstellungen ausschließlich angeführt Seuffert, Pandekten § 123, 11; Arndts § 131, Anm.; Puchta, Pandekten § 145 h; Keller, Pandekten § 113, 12; Mittermair, P.R. § 167, III.; Beseler, P.R. § 93, 5. Diese fassen das Verhältniß sogar als gesetzliche Eigenthumsbeschränkung auf, s. dagegen Windscheid § 212, 6 und Sintenis, Civilrecht § 64, 56, die übrigens die Servitutbestellung gleichfalls auf den Nothweg beschränken.

[26] Pr. L.R. I. 22. 3—10: „Auch solche Einschränkungen muß jeder Grundbesitzer sich gefallen lassen, ohne welche ein anderes Grundstück ganz oder zum Theil völlig unbrauchbar sein würde. Für dergleichen zum Gebrauche eines Grundstücks nothwendig gewordene Vergünstigungen kann der Eigenthümer des belasteten Grundstücks billige Vergütung fordern. Bei Bestimmung dieser Vergütung muß auf den Schaden, welchen das belastete Grundstück durch die nothwendige Einschränkung leidet, Rücksicht genommen werden. Können die Interessenten sich darüber nicht einigen, so muß die Vergütung auf eine jährliche dem belasteten Grundstücke von dem Begünstigten zu leistende Abgabe bestimmt werden. Die Bestimmung selbst geschieht alsdann durch Schiedsrichter, wozu jeder Theil Einen vorschlägt und der Richter den Obmann ernennt. Durch willkürliche Veränderungen in der Gestalt Hauptbestimmung oder Nutzungsart seines Grundstücks kann Niemand den Andern zu dergleichen Einschränkungen verpflichten. Doch dürfen Begünstigungen, welche zu erheblichen Verbesserungen eines andern Grundstücks nothwendig sind, insofern nicht versagt werden, als der Eigenthümer dadurch in dem bisherigen freien Gebrauche seiner Sache nicht gestört noch an nützlichen Verbesserungen, die er selbst in dieser Sache vornehmen könnte, gehindert wird. Sowohl die Belastungen dieser Art (§ 7. 9) als die nach § 4. 5. 6 zu leistende Vergütung dauern nur solange, als die Nothdurft des begünstigten Grundstücks vorhanden ist." Vgl. Böle, die nothwendige Servitut Arch. f. Pr.R. I. 25 f. Koch, Recht der Forderungen III. § 209; Förster, P. P.R. § 187, 10 f.

[27] Allgemein also nicht beschränkt auf den Nothweg halten die Servitutsbestellung durch Richterspruch bei Vorhandensein der entsprechenden Voraussetzungen nach gemeinem Recht für zuläßig Glück, Comment. IX. 101; Holzschuher, Theorie § 99, 2; Koch, Recht der Forderungen III. § 209, I.; Erk. Stuttgart 2/7 29 Sf. I. 177; Jena 3/3 40 Sf. VI. 140; Cassel 25/5 50 Sf. XIII. 211; Berlin 27/10 59 Sf. XVI. 12.

[28] Zum Zweck des Gebrauchs einer Grundgerechtigkeit ist dieser Anspruch nicht gegeben Erk. 18/4 38 Bl. XIII. 268, Förster, P. P.R. § 187, 11.

[29] Es reicht nicht hin, daß der Petent durch Erwerbung der Servitut die

als durch willkürliche Anordnungen von Seite des Prätendenten herbeigeführt erscheint [30], daß die Verpflichtung nach den Umständen gerade für den Beklagten begründet sei [31], und daß der Erwerber die durch den Richter bestimmte Entschädigung leiste [32]. Nach Bayrischem Recht kann eine Servitut auch durch Verfügung der Verwaltungsbehörde bestellt werden. Wenn nämlich bei Beseitigung des Weiderechts auf fruktificirten Aeckern und gehegten Wiesen [33] bei Ablösung des Weiderechts auf künstlich bewässerten nassen oder durchbrüchigen Wiesen [34] und bei einseitigem Austritt eines Theilnehmers aus der Koppelhut [35] dem bisher Berechtigten die Ausübung der Weidebefugniß an anderen Grundstücken oder der benöthigte Viehtrieb auf eigne Grundstücke unmöglich gemacht würde, so muß demselben der erforderliche Durchtrieb auf den befreiten Grundstücken unentgeltlich [36] eingeräumt werden. Die Bestimmung des Triebwegs in Bezug auf Richtung und Breite sowie auf die Dauer der Benutzung erfolgt, wenn sich die Betheiligten nicht gütlich verständigen, durch die Administrativbehörde unter Beiziehung von Sachverständigen, wobei auf die möglichst geringe Belästigung der von der Weide befreiten Grundstücke Bedacht zu nehmen ist [37].

IV. Expropriation. Das Bayrische Recht läßt Begründung

Nutzbarkeit nur erhöhen will, indem er dadurch z. B. einen bequemeren Zugang erhält, er muß vielmehr in dem ordnungsmäßigen Gebrauch behindert sein. Glück, Comment. IX. 102; Erk. Dresden 1851 Sf. IV. 204; Stuttgart 22/11 59 Sf. XIII. 210. Eine weitergehende Bestimmung enthält das Preußische Landrecht oben Note 26.

[30] Pr. L.R. I. 22. 8 oben Note 26. Berlin O.Tr. 16/7 61 Entscheidungen XLVI. Nr. 25. Erk. Stuttgart 22/11 59 Sf. XIII. 210.

[31] Dieser muß daher mit der Einrede gehört werden, daß die Servitut bequemer und weniger lästig dem Grundstück eines anderen Adjacenten aufgelegt werden könne. Erk. 18/11 34 Du Prel VI. 193; Berlin 27/9 59 Sf. XVI. 12; Förster, P. P.R. § 187, 13.

[32] Glück, Comment. IX. 203. Erk. Stuttgart 2/9 29 Sf. I. 177; Berlin 27/9 59 Sf. XVI. 12. Erk. 14/12 22 Bl. I. 326 spricht aus, daß das Erbieten zur Entschädigung nicht zur Klagbegründung gehöre, eine solche zu verlangen vielmehr Sache des Beklagten sei; s. dagegen Förster, P. P.R. § 187, 12.

[33] Weidegesetz Art. 3 vgl. unten § 163, 23 f.

[34] Weidegesetz Art. 7, 2. Vgl. unten § 163, 62.

[35] Weidegesetz Art. 37. Vgl. unten § 163, 17.

[36] Pözl, Comment. zum Weidegesetz S. 394.

[37] Weidegesetz Art. 3.

einer Dienstbarkeit im öffentlichen Interesse durch Zwangsenteignung zu [38]; speciell ist dieß ausgesprochen hinsichtlich der Anlegung von Kiesgruben und Steinbrüchen auf Privatgrundstücken zum Chausseebau [39] und Auflegung einer Servitut im öffentlichen Interesse hinsichtlich einer von den gesetzlichen Bestimmungen abweichenden Zuleitung Wegleitung oder Abwendung des auf einem Grundstück entspringenden oder darauf sich natürlich sammelnden Wassers [40]. Ebenso kann der Eigenthümer eines Grundstücks gezwungen werden behufs der Bewässerung und Entwässerung zum Zwecke der Bodenkultur die Zuleitung oder Ableitung des Wassers über dasselbe zu gestatten [41], und der Ufereigenthümer der für die Benützung des ihm zustehenden Wassers für die Bewässerung seiner Grundstücke ein Stauwerk errichten will kann gegen vorgängige volle Entschädigung von dem Eigenthümer des jenseitigen Ufers die Benützung desselben zum Anschlusse des Werks in Anspruch nehmen [42].

V. Ersitzung [43]. Durch Ersitzung können alle sowohl persönliche [44] als Grunddienstbarkeiten erworben werden und es ist bei letzteren auch nicht zwischen positiven und negativen [45] sowie zwischen

---

[38] Expr.Ges. 17/11 37 Art. 1. Eigenthümer können angehalten werden unbewegliches Eigenthum für öffentliche nothwendige und gemeinnützige Zwecke ... mit einer Dienstbarkeit beschweren zu lassen, letzteres jedoch nur insoferne der Eigenthümer nicht vorzieht auf Abtretung des zum Zweck der Dienstbarkeit in Anspruch genommenen Theiles seines Grundeigenthums zu bestehen. Vgl. oben § 141, 38.

[39] Vgl. oben § 141, 13.

[40] Wassergesetz Art. 36.

[41] Wassergesetz Art. 89.

[42] Wassergesetz Art. 86.

[43] Vgl. Muther, die Ersitzung der Servituten Erlangen 1852; Unterholzner, Verjährungslehre § 195—216; Hedemann, Erwerb und Schutz der Servituten 1864. Für Forstrechte deren Neubegründung jetzt allgemein untersagt ist, sprach Erk. 25/6 49 Bl. XIV. 351 die Möglichkeit der Erwerbung durch Herkommen aus, wenn sich nämlich für ganze Distrikte die Rechtsregel bilde, daß die Bewohner derselben für ihre Güter mit gewissen Forstbezügen um bestimmte Preise zu versehen seien. Ueber die Unterscheidung des gewohnheitsrechtlichen Herkommens von der Ersitzung vgl. oben § 9, 22 f.

[44] Es ist dieß jetzt allgemein anerkannt, Unterholzner, Verjährungslehre § 207, Seuffert, Pandekten § 175, 2, Windscheid § 213, 10, Vangerow § 351 Anm. Nr. 4. Damit stimmen auch Bayr. L.R. II. 9. 2 und Pr. L.R. I. 21. 7 überein.

[45] Für Prohibitivservituten läugnet dieß Bessel A. f. C.Pr. XIII. 410;

ständigen und nicht ständigen [46] Dienstbarkeiten zu unterscheiden. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

1. Die Ersitzung kann eine ordentliche oder außerordentliche sein; gemeinrechtlich findet die letztere nur statt bei Sachen, welche der ordentlichen Ersitzung entzogen sind [47], nach Bayrischem und Preußischem Landrecht dagegen ist nach Analogie der Eigenthumsersitzung eine titellose außerordentliche Ersitzung gegeben [48].

2. Gemeinrechtlich ist zur Ersitzung der Servituten kein Titel [49] aber guter Glaube [50] erforderlich, welcher jedoch präsumirt wird, so

---

diese Auffassung ist aber allgemein verworfen Unterholzner, Verjährungslehre § 207, Windscheid § 213, 10, Vangerow § 351 Anm. Nr. 4. Für letztere Ansicht entscheidet Bayr. L.R. II. 7. 5 und Pr. L.R. I. 22. 14.

[46] Die ältere Ansicht nahm bei servitutes discontinuae die Nothwendigkeit der Immemorialverjährung an s. Glück, Comment. IX. 148. Diese Auffassung ist Regensburg W. G. O. X. 6 angenommen. Früher glaubte man, daß dieß durch Gewohnheit auch im Gebiet des Salzburger Rechts gelte, s. jedoch Bl. XVI. 305. Für das gemeine Recht ist diese Ansicht jetzt allgemein verworfen, s. Hoffmann, Servituten § 103; Seuffert, Pandekten § 175, 2; Windscheid § 213, 3; Vangerow § 351 Anm. Nr. 1; Erk. Stuttgart Sf. I. 178. Dagegen nimmt die hessische Praxis bei servitutes discontinuae die Nothwendigkeit der Immemorialverjährung an s. Pfeuffer, Prakt. Ausführungen II. 114 und VII. 254, Erk. Cassel 12/9 63 Sf. XVIII. 17. Das Bayrische Landrecht unterscheidet ordentliche und außerordentliche Ersitzung, und ersetzt die letztere bei servitutes discontinuae durch Immemorialverjährung s. unten Note 62, 69—71.

[47] Unterholzner, Verjährungslehre § 204; Muther, Servitutenersitzung § 11. 12; Windscheid § 213, 9; Seuffert, Pandekten § 175, 6. A. M. Puchta § 188 m der an solchen Sachen die ordentliche Ersitzung zuläßt und Vangerow § 351 Anm. Nr. 5 und Hoffmann, Servituten § 105, welche die Servitutenersitzung daran ganz ausschließen. Für die erstere Meinung erklären sich: Erk. Jena 28/2 32 Sf. VI. 140; München 9/7 49 Sf. V. 144; Rostock 15/6 57 Sf. XIII. 131; Berlin 28/5 61 Sf. XIV. 274; Oldenburg 1864 Sf. XVIII. 212; Jena 6/5 64 Sf. XVIII. 14.

[48] Vgl. unten Note 69—74.

[49] Dieß ist jetzt die gemeine Meinung Elvers, Servituten 741; Unterholzner, Verjährungslehre § 212, I.; Windscheid § 213, 7; Seuffert, Pandekten § 175, 2 a; Keller, Pandekten § 181 I. g; Erk. München 16/7 47 Sf. I. 408; Stuttgart Sf. I. 178; Lübeck 17/6 45 Sf. IX. 132. A. M. Muther, Servitutenersitzung § 13.

[50] Ob schon nach römischem Recht, ist bestritten s. Elvers, Servituten 749, Unterholzner, Verjährungslehre § 212. II; nach der gemeinen Meinung ist dieses Requisit jedoch durch das canonische Recht in unser gemeines Recht aufgenommen Windscheid § 213, 6, Keller, Pandekten § 181, 8, Arndts § 189 b, Luden, Servituten § 62, 4, Hoffmann, Servituten § 93, Erk. München 16/7 47 Sf. I.

daß der Gegner den Beweis der Unredlichkeit führen muß [51]. Dieß gilt jedoch weder nach Bayrischem noch nach Preußischem Landrecht, da diese Gesetzgebungen beide Requisiten sowohl den richtigen Titel als den guten Glauben für die ordentliche Ersitzung als erforderlich erklären [52].

3. Voraussetzung ist juristischer Besitz der Dienstbarkeit [53] und daß dieser fehlerlos erworben [54] und ausgeübt sei [55], also offen [56] nicht gewaltsam [57] und nicht durch bloße Vergünstigung [58]. Der Beweis

---

408, Lübeck 17/6 45 und 30/6 63 Sf. VIII. 348 und XVI. 176; Dresden 15/6 55 Sf. X. 235. A. M. Puchta § 188 m, Seuffert, Pandekten § 175, 3 und Brinz, Pandekten S. 275; Erk. 13/8 42 Bl. VIII. 281.

[51] Luden, Servituten § 62, 5. Windscheid § 213, 7. Hoffmann, Servituten § 95. Erk. München 16/7 47 Sf. I. 408; Lübeck 17/6 45 Sf. VIII. 348 und 30/6 63 Sf. XVI. 176.

[52] Vgl. unten Note 62 f.

[53] Vgl. oben § 132. Vangerow § 351. Anm. Nr. 3. Luden, Servituten § 62. Nr. 1. Muther, Servitutenersitzung § 29.

[54] Der Nachweis des fehlerlosen Erwerbs muß auch den Anfang des Besitzes umfassen Erk. 26/10 50 Bl. XVI. 334.

[55] l. 1. § 23. D. 39. 3. Qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam habuisse longa consuetudine velut jure impositam servitutem videatur. Windscheid § 213, Seuffert, Pandekten § 175, 2, Arndts § 189 a.

[56] Es reicht nicht hin, daß der Gegner keine Kenntniß hatte, die Ausübung muß ihm vielmehr verheimlicht worden sein Seuffert, Pandekten § 175, 9; Erk. Kiel 29/11 54 Sf. IX. 130; Celle 23/10 67 Sf. XII. 251; Darmstadt 26/2 67 Sf. XXI. 106. Die ältere Theorie ging dahin, daß nach der Vorschrift l. 2. Cod. 3. 34: »Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti« scientia und patientia domini erforderlich sei, Glück, Comment. IX. 141, 88 und die bei Gruchot VIII. 47 citirten; die neuere Theorie hat sich allgemein dagegen erklärt, Elvers, Servituten 742 i; Unterholzner, Verjährungslehre § 212 III.; Vangerow § 351 Anm. Nr. 2; Keller, Pandekten § 181, I. g und oben § 142, 43; Erk. Kiel 29/11 54 Sf. IX. 130; Lübeck 21/9 24 Sf. XV. 109; Darmstadt 26/2 67 Sf. XXI. 106. Für die ältere Ansicht also Nothwendigkeit der scientia et patientia Erk. 22/12 55 Bl. XXI. 365, wobei jedoch angenommen wird, daß nur die scientia erwiesen werden müsse, da diese von selbst den Schluß auf die patientia begründe.

[57] Als gewaltsam ist schon der gegen den Widerspruch des Herrn geübte Besitz anzusehen Seuffert, Pandekten § 175, 7; Windscheid § 213, 5 und § 465, 3; Erk. Dresden 23/5 50, 15/6 55 und 10/8 62 Sf. IV. 15, X. 235 und XVII. 13; Lübeck 27/10 51 Sf. VI. 154; Oldenburg 1850 Sf. XXIII. 17.

[58] Glück, Comment. IX. 134. Bayr. L.R. II. 7. 5. Nr. 4: Ist in allen

der Fehlerhaftigkeit ist von dem Beklagten zu erbringen, insoferne die Besitzhandlungen auf welche Kläger seine Ansprüche stützt nicht an sich als fehlerhafte sich darstellen [59].

4. Der Besitz muß die Ersitzungszeit hindurch ununterbrochen und ungestört gehandhabt worden sein. In dieser Beziehung ist im einzelnen hervorzuheben:

a. Die Ersitzungszeit beträgt für die ordentliche Ersitzung gemeinrechtlich zehn Jahre unter Anwesenden und zwanzig Jahre unter Abwesenden [60], ohne Unterscheidung zwischen Mobilien und Immobilien und zwischen ständigen und unständigen Dienstbarkeiten [61]; nach Bay-

---

Verjährungen deren Dienstbarkeiten ohne Unterschied, ob sie unterbrochen- oder ununterbrochenen Gebrauchs seind, erforderlich, daß man sich derselben nicht aus bloßen nachbarlichen Vertrauen und Freundschaft sondern in Meinung eine rechtliche Befugniß dadurch zu erlangen (non ex precario vel mera familiaritate, sed jure servitutis) gebraucht habe, welch letzteres jedoch niemal präsumirt wird, sondern bewiesen werden muß, es seie dann bereits ein lang- und wenigst zehnjähriger Gebrauch vorhanden, dann da muß der Gegentheil, welcher nur ein bloßes Precarium oder Familiarität daraus machen will, den Beweis auf sich nehmen." Pr. L.R. I. 22. 14: Bei dieser letzten Erwerbungsart muß besonders nachgewiesen sein, daß der Besitzer des berechtigten Grundstücks die streitige Befugniß als ein wirkliches Recht und nicht vermöge einer bloßen Vergünstigung in Besitz genommen, und durch rechtsverjährte Zeit ununterbrochen ausgeübt habe. 15. Ist zur Ausübung der von dem angeblich Berechtigten behaupteten Befugniß eine neue Anlage in dem belasteten Grundstücke gemacht worden, so gilt die Vermuthung, daß dem Begünstigten eine wirkliche Grundgerechtigkeit hat eingeräumt werden sollen." Ueber den Beweis vgl. Erk. Lübeck 27/10 51 Sf. VI. 155.

[59] Elvers, Servituten 748. Windscheid § 213, 5. Seuffert, Pandekten § 175, 2. Erk. München 16/7 47 Sf. I. 408; Lübeck 30/5 54 Sf. XV. 108; Celle 15/9 62 Sf. XVIII. 122. Vgl. Förster, P. P.R. § 187, 35 f.; Gruchot VIII. 172; Reskript 8/11 1802 Arnold II. 572. Die Praxis des O.G.H. hat in Folge des letzteren in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts diese Auffassung constant festgehalten s. Arnold II. 572, 2 und Bl. VIII. 331. Eine abweichende Bestimmung hat Bayr. L.R. II. 7. 5. Nr. 4 oben Note 58. Die Entscheidung darüber, ob in den einzelnen Handlungen eine Rechtsausübung oder ein zufälliger oder prekärer Gebrauch liege, steht dem Richter zu. Erk. 28/4 54 Bl. XX. 187.

[60] Abwesenheit wird angenommen, wenn beide Theile nicht unter demselben Oberrichter domiciliren Erk. Darmstadt 26/11 30 Sf. X. 137; 20/6 55 Sf. XII. 250; Lübeck 21/9 24 Sf. XV. 187.

[61] Windscheid § 213, 8, Seuffert, Pandekten § 175, 2. Allgemein verworfen ist die Ansicht von Zimmern, Untersuchungen 1821 Nr. 5, daß die Dauer

rischem Recht bei erkauften Servituten fünf bei anderen zehn Jahre unter Anwesenden und zehn und zwanzig Jahre unter Abwesenden; mit Titel oder Wissenschaft bei ständigen mit Titel und Wissenschaft bei unständigen Dienstbarkeiten [62]; nach Preußischem Recht bei ständigen Dienstbarkeiten mit Titel zehn und zwanzig Jahre [63]. Eine kürzere Verjährungszeit ist nach Bayrischem Recht bestimmt für Dienst-

---

der Ersitzungszeit durch richterliches Ermessen zu bestimmen sei vgl. Windscheid § 213, 8, Vangerow § 351, Anm. Nr. 1, Erk. München 16/7 47 Sf. I. 408.

[62] Bayr. L.R. II. 7. 5. „Soviel die Grunddienstbarkeiten in diesem Stück anlangt ist 1o unter servitutibus continuis und discontinuis zu distinguiren. Jene werden unter Anwesenden inner zehn unter Abwesenden inner zwanzig Jahren präskribirt, sofern hierbei entweder ein hinlänglicher Ankunftstitul oder wenigst daß der Gegentheil solches gewußt und gestattet habe genüglich bewiesen werden kann, anerwogen solch letzterenfalls scientia et patientia statt des Tituls dient. In vierzigjähriger Präskription aber braucht man 2o bei erwähnten Servitutibus continuis weder den Titul noch die gegentheilige scientiam et patientiam darzuthun, sondern beides wird durch die Länge der Zeit ersetzt. Discontinuae servitutes verjähren sich 3o eheunter nicht als nach unfürdenklicher Zeit, ausgenommen wenn man nebst einem tauglichen Titul auch verstandene scientiam et patientiam beweisen kann, dann da wird die Verjährung inner zehn und unter Abwesenden inner zwanzig Jahren vollbracht .... 5o Wird obgedachte Zeit deren zehen und respective zwanzig Jahren in Verjährung einer durch Kauf an sich gebrachter Dienstbarkeit hiesigen Landrecht nach auf die Helfte herunter gesetzt." Aus dem Text des Gesetzes geht zweifellos hervor, daß nach Bayrischem Landrecht bei ständigen Dienstbarkeiten Titel oder Kenntniß bei unständigen Titel und Kenntniß erforderlich sei, und es beruht dieß auf der Bestimmung des L.R. 1616, XXVI. 5 „es wäre dann, daß einer zu Behauptung einer solchen ununterbrochenen Dienstbarkeit sich auf eine Verjährung von zehn oder zwanzig Jahren wollte gründen. In solchen Fall muß er nit allein einen zu der Verjährung tauglichen Titel sondern auch, daß der Gegentheil sein Innhaben und Gebrauch der Dienstbarkeit gewußt zugesehen und geduldet habe, beweisen und da solches geschieht, hat er auch die ununterbrochene Dienstbarkeit mit nutz und gewer verjährt und ersessen." In den Anmerkungen c zu Bayr. L.R. II. 7. 5 ist dagegen bei servitutes discontinuae Titulus vel patientia vorausgesetzt, was sich schon durch die Beziehung auf L.R. 1616 XXVI. als ein Druckfehler ergiebt s. Reingruber, Abhandlungen 157 f. und Erk. 19/11 49 Bl. XV. 297. Ueber Personalservituten vgl. Bayr. L.R. II. 9. 2. Nr. 1 unten Note 69.

[63] Es kommen die für die ordentliche Ersitzung geltenden Grundsätze oben § 146, 61 zur Anwendung. Pr. L.R. I. 21, 7, I. 22. 13 und 14, Gruchot, Beiträge VIII. 203; Förster, Pr. P.R. § 186, 130, § 187, 51 f. Bei unständigen Dienstbarkeiten ist nur eine titellose außerordentliche Ersitzung gegeben unten Note 73.

barkeiten hinsichtlich des Ablaufs des auf dem Eigenthum gesammelten Wassers, welche in zehn Jahren ersessen werden [64]. Eine längere Verjährungszeit nämlich von dreißig Jahren ist erforderlich nach den Rechten von Nürnberg [65] und Amberg [66] für einzelne und nach dem von Rothenburg [67] für alle Dienstbarkeiten. Für die außerordentliche Ersitzung beträgt die Ersitzungszeit gemeinrechtlich dreißig beziehungsweise vierzig Jahre [68]; nach Bayrischem Landrecht beträgt die Ersitzungszeit ohne Titel bei Personalservituten dreißig Jahre [69], bei ständigen Dienstbarkeiten vierzig Jahre [70], während für unständige unvordenkliche Verjährung erforderlich ist [71]; nach Preußischem Land-

---

[64] Wassergesetz 28/5 52 Art. 37: „Durch Vertrag oder Verjährung können von den Bestimmungen der Art. 34 und 35 abweichende Verhältnisse festgesetzt werden. Zur Verjährung, in so ferne sie nicht bei dem Eintritte der Wirksamkeit des gegenwärtigen Gesetzes bereits nach den bisherigen Rechtsgrundsätzen vollendet ist, wird ein zehnjähriger ununterbrochener fehlerloser Besitzstand erfordert, von der Zeit an, wo eine Aenderung des bisherigen Zustandes bezüglich desjenigen, gegen welchen Verjährung geltend gemacht wird, durch künstliche Anlagen zum Abflusse zum Bezuge oder zur Abwendung des Wassers erkennbar bewirkt worden ist. Als Anlagen, welche hinsichtlich des Bezuges des Wassers die Verjährung zu begründen geeignet sind, werden nur solche betrachtet, welche der Eigenthümer des herrschenden Grundstücks auf dem dienenden errichtet hat." Vgl. unten § 165, 1.

[65] Nürnberg Reform. XXVI. 3 bestimmt für das Lichtrecht eine Ersitzungszeit von dreißig Jahren, vgl. unten § 168, 16. Erk. 17/12 66 Bl. XXXI. 267 ist ausgesprochen, daß dieß auf alle Servituten Anwendung finde, obwohl das Gesetz dieß nicht ausdrücklich ausspreche. Die Note 66 und 67 angeführten Gesetze lassen dieß als wahrscheinlich erscheinen. Vermuthlich findet sich diese Ersitzungszeit auch in anderen gleichzeitigen Stadtrechten s. Feuerlein, de juribus aedificiorum § 5, 3.

[66] Amberg V.O. Art. 8, 10 und 33 bestimmt eine Ersitzungszeit von dreißig Jahren für die servitus oneris ferendi das Fensterrecht und die Fahrgerechtigkeit.

[67] Rathsbescheid 9/10 1730 und 2/5 1731 Arnold II. 596.

[68] Vgl. oben Note 47.

[69] Bayr. L.R. II. 9. 2. Nr. 1 „theils durch 10 und resp. zwanzig oder ohne Titel durch dreißigjährige Präskription."

[70] Bayr. L.R. II. 7. 5. Nr. 2 oben Note 62.

[71] Bayr. L.R. II. 7. 5. Nr. 2 oben Note 62. Früher war streitig, ob Forstdienstbarkeiten in Staatswaldungen durch unvordenkliche Verjährung erworben werden könnten s. die Erk. bei Du Prel V. 7. 11. 15. 20. 22. 311. 313, was durch Plenarbeschluß 14/5 40 Moritz I. 49 zunächst für das Oberpfälzische Recht bejahend entschieden wurde. Jetzt ist die Constituirung neuer Forstdienstbarkeiten verboten, unten § 166, 30.

recht bei Personalservituten und ständigen Grunddienstbarkeiten die ohne Titel ersessen werden dreißig Jahre [72], bei Ersitzung von unständigen Dienstbarkeiten vierzig Jahre [73], und bei Ersitzung von Dienstbarkeiten gegen Fiskus Kirchen und gleichberechtigte Corporationen vier und vierzig Jahre [74].

6. Der Besitz muß durch die ganze Ersitzungszeit [75] hindurch ununterbrochen gewesen sein, wobei der Nachfolger wie bei der Eigenthumsersitzung den Ersitzungsbesitz seines Vorgängers sich anrechnen kann [76]. Bestritten ist, welche Ausübungshandlungen bei nicht ständigen Dienstbarkeiten erforderlich seien um den Besitz als nicht unterbrochen erscheinen zu lassen, indem die einen wenigstens einmalige Ausübung in jedem Jahr für erforderlich halten [77], während die anderen es für genügend ansehen, wenn die Ausübungshandlungen nicht durch ungewöhnlich lange Zwischenräume getrennt sind [78]. Das Preußische

---

[72] Pr. L.R. I. 9. 625. Gruchot VIII. 203, 3.

[73] Pr. L.R. I. 9. 649. Förster, P. P.R. § 177, 118. Gruchot VIII, 203, 5.

[74] Pr. L.R. I. 9. 629. 630. Gruchot VIII. 203, 4. Erk. 6/4 50 Bl. XV. 252.

[75] Erk. 30/6 47 Bl. XIII. 287 spricht aus, daß der Ersitzungszeitraum nicht gerade von der letzten Störung an zurückzurechnen sei, daß vielmehr auch der Nachweis einer früheren nicht unterbrochenen Ersitzungsperiode genüge.

[76] Vgl. oben § 146, 74 f. Unterholzner, Verjährungslehre § 214, 642. Seuffert, Pandekten § 175, 4 a. Savigny, System IV. 525. Erk. München 29/1 44 Sf. I. 323. A. M. Glück IX. 153, der die Zusammenrechnung der Besitzzeit des Vorgängers und Nachfolgers bei der Servitutenersitzung für unzulässig hält. Mit ersterer Ansicht stimmt das Preußische Recht überein Gruchot, Beiträge VIII. 192, Förster, P. P.R. § 187, 53.

[77] Muther, Ersitzung § 41. Erk. Celle 31/3 42 Sf. I. 408; Dresden 29/4 48 Sf. II. 141; Wolfenbüttel 23/10 54 Sf. XVI. 177; Dresden 27/11 62 Sf. XVII. 213. Nach einer anderen Meinung sind drei Quasibesitzhandlungen während der Verjährungszeit genügend s. die in Holzschuher, Theorie § 112, 9 dann Erk. Dresden 29/4 48 Sf. II. 141 und Jena 23/7 46 Sf. XIII. 83 angeführten, oder Besitz in zwei Zeitpunkten, am Anfang und Ende der Ersitzungszeit Erk. Wolfenbüttel 18/2 59 Sf. XV. 206. Für die Weggerechtigkeit hält Muther, Ersitzung § 36 dreißigmalige Ausübung in jedem Jahr für erforderlich.

[78] Unterholzner, Verjährungslehre § 214, 644. Schönemann, Servituten § 45, 10. Windscheid § 213, 3. Seuffert, Pandekten § 175, 4. Vangerow § 351, Anm. Nr. 1. Erk. München 16/7 47 Sf. I. 408; Kiel 29/11 54 Sf. IX. 129; Jena 23/7 46 Sf. XIII. 83; Darmstadt 27/2 57 Sf. XVI. 177; 26/2 67 Sf. XXI. 107. Hiemit stimmt auch Kreittmayr Anm. e zu L.R. II. 4. 5 und Anm. 5 b zu L.R. II. 5. 9 überein.

Recht setzt bei Dienstbarkeiten, welche gewöhnlich ausgeübt werden können, jährliche Ausübung voraus [79], während bei Dienstbarkeiten, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, wenigstens drei Fälle der Ausübung erforderlich sind [80], und die Ersitzung unterbrochen wird, wenn eine Gelegenheit zur Ausübung versäumt worden ist [81]. Nach besonderer gesetzlicher Bestimmung ist zur Ersitzung von Dienstbarkeiten an dem auf dem Eigenthum befindlichen Wasser eine Anlage zum Abfluß zum Bezug oder zur Abwendung des Wassers auf dem dienenden Grundstück erforderlich [82].

c. Der Besitz muß ungestört gewesen sein. Die Ersitzung der Servituten wird ebenso wie die des Eigenthums unterbrochen [83].

5. Der Umfang der Servitut bestimmt sich nach dem Umfang des Besitzstandes während der Verjährungszeit [84].

§ 154.

II. Aufhebung der Dienstbarkeiten.

Die Dienstbarkeiten werden aufgehoben:

I. Durch Untergang der dienenden Sache oder dadurch daß diese dem Verkehr entzogen wird [1], bei Personalservituten nach gemeinem Recht auch durch völlige Umgestaltung [2], was jedoch im Bayrischen und Preußischen Landrecht nicht anerkannt ist [3].

II. Mit Eintritt des Endtermins ihrer Bestellung [4].

III. Durch Veränderungen in den Sachen oder Personen, welchen

---

[79] Pr. L.R. I. 9. 596. Förster, P. P.R. § 177, 78. Unterbleibt die Ausübung ein ganzes Jahr so ruht die Ersitzung. Förster, P. P.R. § 177, 80.

[80] Pr. L.R. I. 9. 649. Erk. 6/4 50 Bl. XV. 252.

[81] Pr. L.R. I. 9. 651—654. Förster, P. P.R. § 177, 124.

[82] Wassergesetz Art. 37. Erk. 16/7 67 Bl. *XXXI. 252.

[83] Windscheid § 213, 4. Seuffert, Pandekten § 175, 8. Vgl. oben § 146, 66.

[84] Es gilt der Grundsatz: Tantum praescriptum quantum possessum. Seuffert, Pandekten § 175, 5. Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 4. 5. Erk. Wolfenbüttel 18/10 39 und 27/1 62 Sf. XVII. 11 und 12.

[1] Elvers, Servituten 758. Windscheid § 215, 1. Seuffert, Pandekten § 178, 1. Bayr. L.R. II. 7. 7. Nr. 4 und II. 9. 8. Nr. 2.

[2] Elvers, Servituten 760. Windscheid § 215, 2. Seuffert, Pandekten § 179. Nr. 2.

[3] Bayr. L.R. II. 9. 8. Nr. 2 und Pr. L.R. I. 22. 184 führen nur den völligen Untergang der Sache als Erlöschungsgrund auf.

[4] Arndts § 194. Nr. 2; Vangerow § 340 Anm. 1, 4; Hoffmann, Servituten § 111.

die Berechtigung zusteht. Grunddienstbarkeiten erlöschen durch völligen Untergang nicht aber bei bloßer Umgestaltung des herrschenden Grundstücks [5]; gesetzliche [6] und durch obrigkeitliche Verfügung bestellte [7] Servituten mit Wegfallen der Voraussetzungen die zu ihrer Entstehung Veranlassung gegeben haben. Persönliche Dienstbarkeiten erlöschen mit dem Tod des Berechtigten [8], die an juristische Personen verliehenen wenn diese nicht früher aufgehoben werden nach hundert Jahren [9]. Doch kann auch Uebergang auf die Erben bestimmt sein [10], was, wenn nur die allgemeine Bestimmung vorliegt, nur auf die unmittelbaren Nachfolger des Berechtigten zu beziehen ist [11], und daher kann auch für eine juristische Person der Nießbrauch mit unbegrenzter Dauer bestellt werden [12]. Auch das Preußische Recht läßt den Uebergang des Nießbrauchs auf die Erben zu [13], und beschränkt den Nießbrauch der

---

[5] Elvers, Servituten 785. Windscheid § 215, 3. Seuffert, Pandekten § 178, 1. Bayr. L.R. II. 7. 7. Nr. 4.

[6] Die Beseitigung der Veranstaltung welche durch die gesetzliche Dienstbarkeit geschützt werden soll z. B. der Tenne macht die Ausübung einer solchen Dienstbarkeit unmöglich.

[7] Pr. L.R. I. 22. 10. Förster, P. P.R. § 187, 19.

[8] § 3. J. 2. 4. Elvers, Servituten 791. Windscheid § 215, 4. Seuffert, Pandekten § 179, 1. Bayr. L.R. II. 9. 9. „Erlöscht Usufruktus... durch den Tod des Usufruktuarii, und ist hierinfalls zwischen dem natürlichen und bürgerlichen Tod kein Unterschied, z. E. da der Usufruktuarius geächtet zur ewigen Gefangnuß verdammt oder in einer der weltlichen Güter unfähigen geistlichen Orden zur Profession gelassen wird."

[9] l. 36. D. 7. 1. Windscheid § 215, 6. Bayr. L.R. II. 9. 9. Nr. 3.

[10] l. 5. pr. D. 7. 4. l. 38. § 12. D. 45. 1. Windscheid § 215, 7.

[11] l. 14. Cod. 3. 33. Seuffert, Pandekten § 179, 4. Bayr. L.R. II. 9. 9. Nr. 4. „Wird bei Verleihung des Usufruktus auch öfters der Erben mitgedacht, welchenfalls sich selber zwar auch auf sie erstreckt jedoch regulariter nur bis auf den ersten Grad der Succession und nicht soviel jure haereditario als ex primaeva concessione." Hiezu bemerkt Kreittmayr Anm. c. „und wenn der Erben nur in genere Meldung geschiehet so geht usufructus weiter nicht als auf die erste Generation... soferne nicht in constitutione usufructus ein anderes zu erkennen gegeben wird z. E. durch die Wort „aller Erben," denn darunter werden haeredes sowohl in der ersten als all weitere Generation tam ab intestato quam ex testamento verstanden."

[12] Windscheid § 215, 8. Erk. Lübeck 30/6 63 Sf. XVI. 176 nimmt dieß als Regel für den Nießbrauch juristischer Personen an.

[13] Pr. L.R. I. 21. 178: Sind die Erben des Berechtigten zum Nießbrauch ausdrücklich mitberufen, so ist dieses dennoch im zweifelhaften Fall nur von den Erben des ersten Grades zu verstehen.

juristischen Personen nur wenn er durch Legat bestellt ist auf den Zeitraum von fünfzig Jahren [14], während er außerdem mit der juristischen Person gleiche Dauer hat [15].

IV. Durch Confusion. Die Dienstbarkeiten erlöschen, wenn sich die Dienstbarkeitsberechtigung und das Eigenthum in einer Person vereinigen [16], und leben auch bei späterer Trennung nicht wieder auf [17].

V. Durch Verzicht des Berechtigten [18]. Dieser kann ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden. Ein ausdrücklicher Verzicht kann in einer letztwilligen Verfügung [19] oder einem Vertrag niedergelegt sein [20]. Stillschweigender Verzicht wird angenommen bei Personalservituten durch vorbehaltlose Bewilligung der Veräußerung der dienenden Sache [21] und Dereliction, d. h. einseitigen Verzicht [22], bei Grunddienstbarkeiten durch das Zulassen von Veranstaltungen auf dem dienenden Grundstück, welche die Ausübung der Dienstbarkeit hindern [23].

---

[14] Pr. L.R. I. 12. 423.

[15] Pr. L.R. I. 21. 179. Es beruht dieß nach Förster, P. P.R. § 187, 135 auf einem Versehen bei der Redaktion.

[16] l. 10. D. 8. 4. Hoffmann, Servituten § 112, 113. Windscheid § 215, 9. Seuffert, Pandekten § 177, 5. Bayr. L.R. II. 7. 7. Nr. 4 und II. 9. 8. Nr. 4. Regensburg W.G.O. X. 11. Pr. L.R. I. 21. 184 und I. 22. 52. Förster, P. P.R. § 186, 138 und § 187, 66.

[17] Windscheid § 215, 10. Seuffert, Pandekten § 177, 7. Bayr. L.R. II. 7. 7. Nr. 4. Nach Pr. L.R. I. 22. 54 leben die Grundgerechtigkeiten wieder auf, wenn sie im Hypothekenbuch nicht gelöscht waren, was aber in Bayern, wo Grundgerechtigkeiten im Hypothekenbuch nicht eingetragen werden, nicht anwendbar ist.

[18] Ueber die Legitimation vgl. Elvers, Servituten 770. Kreittmayr, Anm. zu L.R. II. 7. 7. „Sowohl bei der ausdrücklichen als stillschweigenden Renunciation wird auf Seite des Renuncianten dominium solitarium plenum liberum irrevocabile supponirt . . . außerdessen gilt sie entweder gar nicht oder höchstens nur in praejudicium renunciantis allein."

[19] l. 86. § 4. D. 30. Elvers, Servituten 771.

[20] Arndts § 193, b. Bestritten ist, ob bei dem ausdrücklichen Verzicht Annahme von Seite des Verpflichteten erforderlich sei. Dieß nehmen an Elvers, Servituten 768, Windscheid § 215, 11, Arndts § 193, Anm. 2, Seuffert, Pandekten § 177, 2 a. A. M. Puchta § 190 k, Brinz, Pandekten S. 278 und Schönemann, Servituten § 47, welche einseitigen Verzicht zulassen.

[21] l. 4. § 12. D. 44. 4. Elvers, Servituten 771 g. Seuffert, Pandekten § 177, 4.

[22] Hoffmann, Servituten § 114. Windscheid § 215, 11. Puchta, Pandekten § 190 k. Seuffert, Pandekten § 169, 27. Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 5. Pr. L.R. I. 21. 181—183. Förster, P. P.R. § 186, 136.

[23] l. 8. pr. D. 8. 6. Seuffert, Pandekten § 177, 3. Bayr. L.R. II. 7. 7.

VI. Durch Verjährung. Dieser sind gemeinrechtlich alle Dienstbarkeiten ausgesetzt mit Ausnahme des Jahr um Jahr wechselnden Nießbrauchs [24] und des Wohnungsrechts [25]. Das Erlöschen der Dienstbarkeiten durch Zeitablauf erfolgt gemeinrechtlich theils durch Nichtgebrauch des Berechtigten (non usus) theils durch Ersitzung der Freiheit von Seite des Verpflichteten (usucapio libertatis) [26], nach Preußischem Landrecht nur durch Nichtgebrauch. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

1. Durch bloßen Nichtgebrauch erlöschen gemeinrechtlich die persönlichen Dienstbarkeiten [27] und diejenigen Grunddienstbarkeiten, welche nur zu einzelnen sich wiederholenden Handlungen berechtigen [28], während

---

Nr. 5: „Durch ausdrückliche oder stillschweigende Renunciation, welch letztere theils per non usum theils durch andere der Servitut zuwiderlaufende facta sofern man denenselben acquiescirt zu geschehen pflegt." Regensburg W.G.O. X. 11, „oder aber wenn etwas verwilligt wird, das der Dienstbarkeit dergestalt zuwider, daß beides neben einander nicht stehen mag, als Exempels weiß, wann jemand einen Tachtrauff in des andern Hoff und Haus hat, hiernach aber zugibt, daß der Hof verbauet wird, oder wann jemand durch des andern Hauß und Hof durchzugehen berechtigt ist, und aber von ihm verwilligt wird, daß der Ort wo sonst der Weg gewest verbauet oder sonst vermacht wird, so ist die Dienstbarkeit erloschen." Pr. L.R. I. 22. 43. „Außer den allgemeinen Arten, wie Rechte verloren gehen können, erlöschen Grundgerechtigkeiten durch stillschweigende Einwilligung, wenn der Berechtigte wissentlich geschehen läßt, daß in der verpflichteten Sache Anstalten und Einrichtungen, welche die Ausübung seines Rechtes geradezu unmöglich machen, getroffen werden." Förster, P. P.R. § 187, 56 f.

[24] l. 28. D. 7. 4. Seuffert, Pandekten § 180, 2. Windscheid § 216, 11. Kreittmayr Anm. 1 zu L.R. II. 9. 8. Das Preußische Landrecht kennt diese Ausnahme nicht.

[25] l. 10. pr. D. 7. 8. Seuffert, Pandekten § 180, 1. Windscheid § 216, 16. Das Preußische Recht kennt auch diese Ausnahme nicht, da hier ein besonderes Wohnungsrecht überhaupt nicht vorkommt Förster, P. P.R. 186, 1. Auch in dem Bayrischen Landrecht ist sie nicht anerkannt vgl. unten § 161, 10.

[26] Vgl. Wirth die libertatis usucapio Erlangen 1854.

[27] l. 25. D. 7. 4. Elvers, Servituten 772 a. Unterholzner, Verjährungslehre § 217. Windscheid § 216, 2. Dieß ist jetzt die herrschende Meinung, mit der Bayr. L.R. II. 9. 8. Nr. 1: „Die Nutznießung hört auf per non usum ... ohne daß ein Verbot oder anderes factum hiezu vonnöthen ist" übereinstimmt. Andere halten auch beim Nießbrauch Freiheitsersitzung für erforderlich; s. die bei Vangerow § 357 Anm. Nr. 1 citirten.

[28] l. 6. D. 8. 2, Windscheid § 216, 2, Arndts § 194 Anm. 3 und die dort angeführten. Da die Quellen das Erforderniß der Freiheitsersitzung nur für

bei Grunddienstbarkeiten deren Ausübung in einem dauernden Zustand besteht, Ersitzung der Freiheit von Seite des Verpflichteten hinzutreten muß [29]. Nach Preußischem Landrecht erlöschen durch Nichtgebrauch sowohl die Personalservituten [30] als die Grunddienstbarkeiten, letztere jedoch insoferne sie durch besondere Anstalten und Anlagen ihr Dasein bekunden, erst mit Wegnahme derselben [31].

2. Zur Verjährung durch Nichtgebrauch ist erforderlich daß die

---

städtische Dienstbarkeiten erwähnen, so unterscheidet die ältere Meinung nach den städtischen und ländlichen Dienstbarkeiten, und nimmt nur bei letzteren Verjährung durch bloßen Nichtgebrauch an, Hoffmann, Servituten § 118, Schönemann, Servituten § 49, Unterholzner, Verjährungslehre § 217, Seuffert, Pandekten § 180, 21, Keller, Pandekten § 181, 10, Erk. 26/4 48 Bl. XVII. 347. Dieß ist schon Bayr. L.R. II. 7. 3. Nr. 3 und Kreittmayr Anm. c unten Note 29 verworfen, indem hier nur bei servitutes continuae ein factum contrarium für erforderlich dagegen bei discontinuae der bloße Nichtgebrauch als genügend erklärt wird, ohne Unterscheidung zwischen Feld- und Hausdienstbarkeiten. Vgl. auch Kindervater in Becker Jahrbuch VI. 137. Andere Meinungen halten die usucapio libertatis bei allen Dienstbarkeiten überhaupt oder bei allen mit Ausnahme der Wegedienstbarkeit dem Wasserleitungs- und Wasserschöpfrecht für erforderlich s. die bei Vangerow § 357 Anm. Nr. 2 citirten und Elvers, Servituten 772 f., oder das Erforderniß der Freiheitsersitzung überhaupt als für alle Dienstbarkeiten beseitigt s. die bei Vangerow § 357 Anm. 3 angeführten.

[29] S. die Note 28 citirten und Kreittmayr Anm. c zu L.R. II. 7. 8. „Nebst obiger Zeit und dem non usu wird auch auf Seiten des Praedii Servientis ein Factum Servituti contrarium erfordert. Es muß nämlich etwas geschehen, welches der Dienstbarkeit entgegen lauft z. E. da in Servitute tigni immittendi das Loch vermauert oder in Servitute stillicidii ein solcher Bau geführt wird, daß das Dach-Trauf nicht mehr abfallen kann und dergleichen, wobei jedoch abermal ein Unterschied inter Servitutes continuas et discontinuas zu beobachten kommt. Bei den ersten allein nicht aber bey den andern wird ein solches Faktum sowohl von unserem Codice Nr. 1 et 2 als dem vorigen Landrecht cit. Art. 7 erfordert, welches jedoch de jure communi noch seinen Anstand leidet, dann einige distinguiren inter Servitutes urbanas et rusticas, und halten das Factum Servituti contrarium zwar wohl bei jenen nicht aber bei diesen für nöthig . . . . unser Codex aber verwirft Nr. 3 diesen Unterschied, und hält es hierinfalls mit der alten Meinung, welche nur inter continuas et discontinuas Servitutes in diesem Stück distinguiret hat.

[30] Pr. L.R. I. 21. 184.

[31] Pr. L.R. I. 22. 50 und 51. Förster, P. P.R. § 187, 59 und 60. Das Preußische Landrecht macht eine Ausnahme für die in das Hypothekenbuch eingetragenen Grundgerechtigkeiten Koch, Pr. R. § 341, 26, was nach unserem Recht, das Eintragung von Grunddienstbarkeiten in das Hypothekenbuch nicht zuläßt, nicht anwendbar ist.

ganze Verjährungszeit hindurch die Ausübung unterlassen worden sei, ohne daß dabei bona fides des Eigenthümers der dienenden Sache nothwendig ist [32]; doch wird durch jede Ausübung als Dienstbarkeit die Verjährung unterbrochen [33], und durch theilweise Ausübung das ganze Recht erhalten [34]. Bei Servitutes discontinuae ist nach Preußischem Landrecht erforderlich, daß in drei Fällen, wo sie hätte statt finden können, die Ausübung des Rechts unterblieben sei [35]. Zur Ersitzung der Freiheit ist erforderlich, daß die dienende Sache die Verjährungszeit hindurch in servitutfreiem Zustand besessen worden sei [36], wobei der Zustand der Freiheit nicht gewaltsam bittweise oder heimlich herbeigeführt sein darf [37], und guter Glauben des Ersitzenden erforderlich ist [38].

[32] Seuffert, Pandekten § 180, 22; Erk. Wiesbaden 14/6 42 Sf. VI. 316; Lübeck 24/5 45 und 27/3 47 Sf. VIII. 349, X. 20; Wolfenbüttel 12/6 67 Sf. XXI. 24; Erk. München 26/4 48 Bl. XVII. 377. Bayr. L.R. II. 7. 8. Nr. 4: „Stehet auch mala fides in diesem Stück niemals entgegen, weil der Nichtgebrauch eine stillschweigende Renuntiation ist, mithin das Recht nicht soviel präskribirt als vergeben wird."

[33] l. 12. § 2. l. 38. D. 7. 1. l. 5 und 6 pr. D. 8. 6. Arndts § 194 m Elvers, Servituten § 175, Windscheid § 216, 4. Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 7. 8. „Ob man die Servitut selbst oder durch andere übt ist hierinfalls einerley, wann es nur jure Servitutis und in dieser Absicht von ihnen geschiehet; dann wann sich gleich obverstandnermaßen in Regula nicht gebührt, daß usus Servitutis willkürlich an andere überlassen werde, so verhindert solches gleichwohl, daß Servitus per non usum nicht erlösche."

[34] l. 6. § 1 und l. 8. § 1. D. 8. 6. Seuffert, Pandekten § 180, 12 Vangerow § 340, Anm. 2, 1 g. Förster, P. P.R. § 187, 64. Erk. Wolfenbüttel 18/10 39 Sf. XVII. 11; Celle 2/7 61 und 14/7 63 Sf. XVIII. 19 und 20. Erk. Bez.G. Augsburg 16/11 68 bei Kerstorff vier Erkenntnisse in Wasserrechtssachen 22 ist ausgesprochen, daß die Benützung eines Wasserrechts durch Turbinen eine das ganze Wasserrecht erhaltende Ausübung sei.

[35] Pr. L.R. I. 9. 543. „Gegen Rechte, welche nur bei gewissen Gelegenheiten ausgeübt werden können, fängt die Verjährung erst von der Zeit an, da sich eine solche Gelegenheit ereignet hat. 544. Auch müssen, wenn solche Rechte durch den bloßen Nichtgebrauch erlöschen sollen, seit dem Anfange der Verjährung wenigstens noch zwei Gelegenheiten, wo die Ausübung des Rechtes hätte statt finden können, vorgekommen sein." Förster, P. P.R. § 187, 62 f. Erk. 16/5 66 Bl. *XXXI. 27.

[36] l. 32. § 1. D. 8. 2.

[37] l. 32. pr. D. 8. 2. Windscheid § 216, 9. Seuffert, Pandekten § 180, 26. A. M. Elvers, Servituten 777.

[38] Unterholzner, Verjährungslehre II. 220. Windscheid § 216, 10. A. M. Seuffert, Pandekten § 180, 27. Elvers, Servituten 777.

3. Die Erlöschung der Dienstbarkeiten erfolgt gemeinrechtlich sowohl bei Nichtgebrauch als Freiheitsersitzung in zehn Jahren unter Anwesenden und zwanzig unter Abwesenden [39], bei nicht ständigen Dienstbarkeiten die nur monatweise oder in längeren Zwischenräumen geübt werden in zwanzig Jahren [40], bei Dienstbarkeiten an Sachen die der ordentlichen Ersitzung entzogen sind in dreißig oder vierzig Jahren [41]. Nach Preußischem Landrecht erfolgt die Erlöschung durch Nichtgebrauch immer in dreißig beziehungsweise vier und vierzig Jahren [42]. Durch Klagestellung wird die Verjährung unterbrochen [43].

VII. Ablösung. Ablösung von Dienstbarkeiten kann allgemein eintreten bei Zwangsenteignung des Objekts auf welchem sie ruhen, wenn die Berechtigten die Ablösung ansprechen, oder die Ausübung der Dienstbarkeit mit der neuen Bestimmung des Gegenstands nicht mehr vereinbar ist [44]. Nach gesetzlicher Bestimmung unterliegen Weiderechte [45] und Forstdienstbarkeiten [46] unter gewissen Voraussetzungen der einseitigen Ablösung.

---

[39] l. 16. § 1. Cod. 3. 33. l. 13. Cod. 3. 34. Windscheid § 216, 11. Regensburg W.G.O. X. 11. Bayr. L.R. II. 7. 8. Nr. 1. 2. Erk. 6/5 42 Bl. VIII. 48 erklärt die abgekürzte Eigenthumsersitzung des bayrischen Rechts für erkaufte Immobilien oben § 153, 46 als auch für die usucapio libertatis anwendbar, indem wer ein erkauftes Immobile fünf bezw. zehn Jahre servitutenfrei besessen, die Freiheitsersitzung vollendet habe.

[40] l. 7. D. 8. 6. l. 14. Cod. 3. 34. Die letztere Stelle wird gewöhnlich dahin ausgelegt, daß bei solchen Servituten die Verjährungszeit ohne Rücksicht auf Anwesenheit oder Abwesenheit zwanzig Jahre betragen solle. Elvers, Servituten 784. Seuffert, Pandekten § 180, 4. Arndts § 194 k. Bayr. L.R. II. 7. 8. Nr. 3 verdoppelt die Zeit, und läßt solche Servituten in zwanzig Jahren unter Anwesenden und vierzig unter Abwesenden verjähren, was sich schon Regensburg W.G.O. X. 11 findet. Als eine solche Dienstbarkeit wird in unserer Praxis das Beholzungsrecht aufgefaßt Erk. 28/3 66 Bl. XXXI. 368, während die Dienstbarkeit des Steinbrechens zu denjenigen Dienstbarkeiten gerechnet wird die unter Anwesenden in zehn Jahren erlöschen Erk. 26/4 48 Bl. XVII. 377.

[41] Unterholzner, Verjährungslehre § 229. Windscheid § 216, 13 und 14. Seuffert, Pandekten § 180, 5.

[42] Pr. L.R. I. 22. 50. Förster, P. P.R. 187, 59 f. Erk. 16/5 66 Bl. *XXXI. 27.

[43] Windscheid § 216, 12. Erk. 26/4 48 Bl. XVII. 378.

[44] Expropriationsgesetz 1837. Art. 2, 2 und Art. 6, 3. Vgl. oben § 141, 40 und 73.

[45] Vgl. unten § 163, 60 f.

[46] Vgl. unten § 166, 25 f.

VIII. Arrondirung. Dienstbarkeiten, welche in Folge der Zusammenlegung in Arrondirungsverfahren [47] oder bei der Vermarkung [48] entbehrlich werden, erlöschen ohne Entschädigung.

IX. Bestritten ist ob Personalservituten zur Strafe wegen Mißbrauchs verloren gehen können [49]. Für die bejahende Meinung erklärt sich das Bayrische Landrecht [50], während das Preußische Landrecht nur gerichtliche Sequestration anordnet [51].

§ 155.

III. Schutz der Dienstbarkeiten.

Zum Schutz des Besitzes der Dienstbarkeiten dienen jetzt die gewöhnlichen Besitzklagen [1].

Zur Geltendmachung des Dienstbarkeitsanspruchs ist gemeinrechtlich [2] und nach Preußischem Landrecht [3] eine besondere Klage actio confessoria gegeben, für welche nachstehende Grundsätze gelten:

1. Als Kläger legitimirt ist der Servitutberechtigte [4], bei Grunddienstbarkeiten auch der Nutzeigenthümer [5] der Nutznießer [6] und der be-

---

[47] Arrondirungsgesetz 10/11 61 Art. 10. Vgl. oben § 122, 19.

[48] Vermarkungsgesetz 16/5 68 Art. 5. Vgl. oben § 118, 29.

[49] Bejaht von Windscheid § 204, 5 a verneint von Glück, Comment IX. 380, 40 und 494, Förster, P. P.R. § 186, 129.

[50] Bayr. L.R. II. 9. 8. Nr. 6. Vgl. auch oben § 80, 19.

[51] Pr. L.R. I. 21. 140—142. Förster, P. P.R. § 186, 129.

[1] Vgl. oben § 134, 34. Die ältere Gesetzgebung hatte für Grunddienstbarkeiten ein besonderes Verfahren vorgeschrieben, was durch die Proz.Ord. von 1869 beseitigt ist.

[2] Elvers, Servituten § 76 und 77. Windscheid § 217. Seuffert, Pandekten § 181 und 182. Arndts § 191. Bayr. L.R. II. 7. 10.

[3] Franklin in Gruchot Beiträge V. 37 f. Koch, Pr.R. § 318. Förster, P. P.R. § 184, 16.

[4] l. 5. pr. D. 7. 6. Elvers, Servituten 800. Miteigenthümer des herrschenden Grundstücks können bei Grundgerechtigkeiten jeder in solidum klagen l. 4. § 3. D. 8. 5. Bayr. L.R. II. 7. 10. Nr. 4. Die confessorische Klage kann auch als actio Publiciana gestellt werden. Windscheid § 217, 9. Arndts § 191 Anm. 2. Bayr. L.R. II. 7. 10. Nr. 6 unten Note 9. Dieß ist auch nach Preußischem Landrecht anerkannt Koch, Pr.R. § 318, 14.

[5] l. 16. D. 8. 1. Kreittmayr Anm. 6 zu L.R. II. 7. 10. Franklin in Gruchot V. 42.

[6] l. 1. pr. l. 5. § 1. D. 7. 6. Windscheid § 217, 6. Seuffert, Pandekten § 180, 3. Kreittmayr Anm. 6 zu L.R. II. 7. 10. Franklin in Gruchot V. 42.

sitzende Pfandgläubiger [7], nach Preußischem Recht jeder unvollständige Besitzer [8]. Der Kläger muß bei Widerspruch den Beweis des Rechts bei Grunddienstbarkeiten daher auch seines Rechtsverhältnisses zur Sache führen [9]. Beklagter ist jeder, der der Ausübung der Dienstbarkeit Hindernisse in den Weg legt, nicht nur der Eigenthümer sondern auch jeder Dritte, von welchem eine Störung ausgeht [10].

2. Voraussetzung der Klage ist Verletzung des Rechts durch Störung der Ausübung oder Bestreitung desselben [11]. Die Klage ist auf Anerkennung der Dienstbarkeit und Beseitigung jeder Störung in der Ausübung gerichtet, wobei der Beklagte zur Cautionsstellung angehalten werden kann [12], und zum Ersatz des angerichteten Schadens verpflichtet ist [13].

---

[7] l. 16. D. 8. 1. Gemeinrechtlich ist es bestritten ob nur der Faustpfandgläubiger oder auch der Hypothekgläubiger diese Klage habe s. Windscheid § 217, 6. Nach Bayrischem Recht kann nur der erstere in der Lage sein die Klage zu stellen s. unten § 197.

[8] Franklin in Gruchot V. 42. Daher erkennt das Preußische Recht auch die Legitimation des Pächters an.

[9] l. 2. § 1 und l. 10. pr. D. 8. 5. Bayr. L.R. II. 7. 10. Nr. 6: „Muß der Kläger nicht nur Servitutem constitutam sondern auch in Realdienstbarkeiten das Eigenthum des praedii dominantis oder wenigst den rechtmäßigen Besitz desselben beweisen." Erk. München 14/10 47 Sf. II. 12; Wiesbaden 27/4 43 Sf. XIV. 209. Der Beweis erstreckt sich auch auf den behaupteten Umfang des Rechts Erk. 16/3 52 Bl. XVIII. 361.

[10] l. 5. § 1. D. 7. 6. l. 10. § 1. D. 8. 5. Seuffert, Pandekten § 182, 4. Bayr. L.R. II. 7. 10. Nr. 2. Erk. Dresden 29/11 59 Sf. XIV. 119; a. M. Erk. Jena 19/5 60 Sf. XIV. 91, wonach die confessorische Klage nur gegen den Besitzer des dienenden Grundstücks gegeben ist. Der zuerst angeführte Grundsatz gilt auch nach Preußischem Landrecht Franklin in Gruchot V. 44. Nach Förster, P. P.R. § 184, 16 f. ist im Preußischen Recht gegen den Eigenthümer die confessorische Klage und gegen Dritte die Eigenthumsklage gegeben.

[11] l. 4. § 5. l. 10. §. 1. D. 8. 5. Bayr. L.R. II. 7. 10. Nr. 2. ... „gegen alle jene, welche Hindernuß hierin machen oder beeinträchtigen." Erk. Jena 9/12 41 Sf. I. 324 und Darmstadt 25/4 56 Sf. XI. 126 sind auch wörtliche Störungen als hinreichend erklärt.

[12] l. 7. D. 8. 5. Harum actionum eventus hic est, ut victori officio judicis aut res praestetur aut cautio. Res ipsa haec est, ut jubeat adversarium judex emendare vitium parietis, et idoneum praestare. Cautio autem haec est, ut eum jubeat de reficiendo pariete cavere, neque se neque successores suos prohibituros altius tollere sublatumque habere, et si caverit, absolvatur. Bayr. L.R. II. 7. 10. Nr. 5. „Zielt diese Realaction

Titel 2.

Die einzelnen Arten.

Abschnitt 1.

Persönliche Dienstbarkeiten.

§ 156.

Allgemeine Grundsätze.

Personalservituten sind diejenigen Dienstbarkeiten, welche in der Art an eine bestimmte physische oder juristische Person geknüpft sind, daß sie nur den Interessen dieses Berechtigten zu dienen haben [1], und daß sie nicht als Grunddienstbarkeiten bestellt werden können [2]. Gemeinrechtlich ist die Zahl der Personalservituten auf drei beschränkt, ususfructus, usus und habitatio [3]. Dieß ist im Bayrischen Landrecht anerkannt [4], während das Preußische Landrecht den usus und die habitatio nur als Art des Nießbrauchs behandelt [5]. Gleichwohl ist auch gemeinrechtlich die Grundlage zu einer Ausdehnung gegeben, indem in den sogenannten irregulären Personalservituten [6] die Möglich-

---

nicht nur auf die Behauptung der Dienstbarkeit sondern auch auf Wiedererstattung aller durch die unbefugte Hindernuß verursachten Schäden wie nicht weniger auf die Cautio de non turbando und Dictirung eines ergiebigen Pönfalls ab."

[13] l. 4. § 2. 3. D. 8. 5. Windscheid § 217, 2. Bayr. L.R. II. 7. 10. Nr. 5.

[1] Windscheid § 201, 4.

[2] l. 3. § 2. D. 7. 1. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu placuit certis modis extingui usumfructum, et ad proprietatem reverti. Seuffert, Pandekten § 166, 1. Dieß gilt nicht umgekehrt von den Prädialservituten vgl. unten Note 6.

[3] Die im römischen Recht erwähnte Dienstbarkeit der operae servorum et animalium ist jetzt nicht mehr praktisch Windscheid § 208, Puchta, Pandekten § 179.

[4] Bayr. L.R. II. 9. 1, 11 und 12. Kreittmayr, Anm. 3 b zu L.R. II. 7. 2 unten Note 6.

[5] Vgl. unten § 160, 8 und § 161, 3.

[6] Vgl. über diese Zachariä A. f. C. Pr. XXVII. 38. Cohnfeld, die irregulären Personalservituten Leipzig 1862. Elvers, Servituten 198. Hoffmann, Servituten § 59. Glück, Commentar IX. 19. Windscheid § 202, 2. Arndts § 177, 2 und 3. Seuffert, Pandekten § 166, 2 und § 171, 1. Vangerow

keit eine Grunddienstbarkeit für eine Person als berechtigtes Subjekt zu bestellen gegeben ist, was jedoch insoferne nicht als eine Ausnahme von dem oben aufgestellten Princip erscheint, als darin nur die theilweise Einräumung eines Nießbrauchs oder Gebrauchsrechts zu sehen ist [7]. Für die persönlichen Dienstbarkeiten gelten folgende gemeinsame Grundsätze:

1. Sie sind an die Person des Berechtigten gebunden, daher unveräußerlich [8] und in der Regel nicht vererblich [9].

2. Die persönlichen Dienstbarkeiten sind mit Ausnahme des Nießbrauchs [10] nicht theilbar [11].

3. Für die persönlichen Dienstbarkeiten an Immobilien und diesen gleichstehenden Rechten ist, insoferne sie mit Hypotheken concurriren sollen, die Eintragung in das Hypothekenbuch vorgeschrieben, und sie

---

§ 339. Keller, Pandekten § 178. Holzschuher, Theorie § 116 S. 423. Förster, P. P.R. § 185. V. Manche neuere wie Cohnfeld § 4 ziehen die Möglichkeit eines derartigen Verhältnisses in Zweifel und nehmen an, es könne nur auf dem Wege obligatorischer Verpflichtung nicht als dingliches Recht bestellt werden. Allein in den Quellen selbst sind Beispiele von derartigen Servituten aufgeführt, l. 32. D. 7. 1, l. 4. 6. pr. 37. D. 8. 3, l. 6. D. 33. 3, s. Förster, P. P.R. § 186, 93, und es ist auch in unseren Rechten anerkannt. Bayr. L.R. II. 7. 2. Nr. 6: Personalis, welche man ohne Absicht auf ein gewisses Gut in alieno gaudirt als da insonderheit das Benutzungs- Scharwerks- Zehn- und andern dinglichen Recht. Kreittmayr, Anm. 3 b zu L.R. II. 7. 2: Servitutes personales sind entweder regulares oder irregulares . . . von jenen zählt man nur viererlei Species . . . von den letzteren aber giebt es so vielerlei Gattungen als jura in alieno zum Nutzen einer Person constituirt werden können . . . Ueber das Preußische Recht vgl. Förster § 185, 94. Auch ist die Möglichkeit derartiger Festsetzungen mit dinglicher Wirkung in der Praxis anerkannt Erk. Lübeck 15/7 50 Sf. VI. 11; Cassel 24/2 38 Sf. VIII. 113; Wolfenbüttel 28/4 58 Sf. XV. 205; Jena 21/1 51 Sf. XXI. 95. Für die Bayrische Praxis vgl. A. E. 1839 Bl. VI. 94; Erk. 1836 Bl. VIII. 144; 23/5 45 Bl. XIII. 159; 27/12 44 bei Arnold, Beiträge 571, 1; vgl. auch unten § 166, 33. Namentlich ist auf diese Weise die Möglichkeit der Constituirung von Prädialservituten ohne herrschendes Grundstück z. B. für Corporationen anerkannt.

[7] Windscheid § 202, 2.

[8] Windscheid § 202, 5; Seuffert, Pandekten § 166, 1 a; vgl. unten § 159, 53 und § 160, 18.

[9] Windscheid § 202, 4; vgl. oben § 154, 8—15.

[10] l. 19. D. 7. 8. l. 1. § 9. D. 35. 2. Windscheid § 205, 6. Unger, Ö. P.R. § 67, 17. Förster, P. P.R. § 185, 1.

[11] Vgl. unten § 160, 16.

werden hier in der zweiten Rubrik als Dispositionsbeschränkungen vorgetragen [12].

I. Der Nießbrauch [1].

§ 157.

1. Begriff und Arten.

Der Nießbrauch ist das Recht eine fremde Sache zu gebrauchen [2]. Nach römischem Recht war ursprünglich der Nießbrauch nur an nicht verbrauchbaren Sachen gegeben, da er nur den Gebrauch der Sache gewährte der ohne Beeinträchtigung der Substanz möglich ist [3]. Durch die gesetzliche Bestimmung, daß ein Nießbrauch auch an verbrauchbaren Sachen bestellt werden könne [4], wurde der Begriff ausgedehnt. Von manchen wird der Nießbrauch in der letzteren Gestalt als Quasiususfructus oder uneigentlicher Nießbrauch unterschieden [5], oder gar nicht

---

[12] Vgl. unten § 183, 66, § 185, 4 und § 188, 44. In dem H. G. ist nur das Recht der Nutznießung erwähnt § 5, § 22. Nr. 7, § 136, Nr. 4, Instruktion § 22; es wird dieß aber auch auf die anderen Personalservituten namentlich das Wohnungsrecht angewendet Erk. 22/3 50 Bl. XXV. 338, 1. Gönner, Comment. I. 133, 264, 394, II. 235. Bl. XXV. 385. Ein Aufsatz Bl. XXXII. 129 behauptet, daß dieß bei den s. g. irregulären Personalservituten keine Anwendung leide, weil diese nur als an eine Person verliehene Realservituten erscheinen. Allein wenn sie, wie oben Note 7 geschehen, nur als theilweiser usus-fructus oder usus aufgefaßt werden, so ist zu dieser Ausnahme keine Veranlassung gegeben. Ueber die rechtliche Bedeutung der Eintragung der Personalservituten vgl. unten § 185, 4.

[1] Vgl. Held, die Lehre vom usus fructus Würzburg 1848. Bürkel, Beiträge zur Lehre vom Nießbrauch München 1864. Heimbach, Ususfructus R.L. XI. 867. Elvers, Servituten § 50—58. Windscheid § 203—205.

[2] Bayr. L.R. II. 9. 1: Die Nutznießung ist eine rechtliche Befugniß fremdes Gut zu benutzen. Pr. L.R. I. 21. 22: Das vollständige Nutzungsrecht oder die Befugniß eine fremde Sache nach der Art eines guten Hauswirths zu nutzen oder zu gebrauchen wird der Nießbrauch genannt.

[3] l. 1. D. 7. 1. Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia.

[4] l. 1. D. 7. 5. Senatus censuit ut omnium rerum, quas in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit. Quo Senatusconsulto inductum videtur ut et earum rerum quae usu tolluntur vel minuuntur possit ususfructus legari. Vgl. darüber Elvers, Servituten 578, Held, Lehre vom usus fructus § 4, Bürkel, Beiträge S. 25, Windscheid § 206, 2.

[5] Dieß geschieht noch jetzt regelmäßig von unsern gemeinrechtlichen Schrift-

zu den Servituten gerechnet [6]; richtiger ist indessen nach dem Vorgang der neueren Gesetzgebungen [7] der Nießbrauch als ein einheitliches Institut zu bezeichnen, bei welchem nur die Verschiedenheit der Gegenstände auf die er sich bezieht für einzelne Seiten des Rechtsverhältnisses von Einfluß ist [8]. Es ist dieß schon nothwendig bei Anwendung der Grundsätze des römischen Rechts, da auch hier die Möglichkeit einer Verbindung der Nutznießung an verbrauchbaren und nicht verbrauchbaren Sachen zu einem einheitlichen Rechtsverhältniß gegeben ist [9]; noch viel mehr aber nach der neueren Rechtsentwicklung, in welcher eine Verbindung des römischen Usufruktus und der deutschrechtlichen Leibzucht vollzogen ist. Auch das ältere deutsche Recht kannte nämlich ein dem römischen Usufruktus analoges Rechtsinstitut, welches man jetzt mit dem gemeinsamen Namen der Leibzucht bezeichnet [10], und welches in

---

stellern, so Arndts § 181, Windscheid § 206, Seuffert, Pandekten § 170. Es beruht dieß auf l. 2. § 1. D. 7. 5 remedio introducto coepit quasiususfructus haberi.

[6] Vgl. Elvers, Servituten 579. Held, Lehre vom Usufruktus § 6.

[7] Das Bayr. L.R. II. 9. 10 unterscheidet als Quasiususfruktus nur die Nutznießung an verzehrbaren Sachen, wie Wein, Bier, Brod, und rechnet alles übrige namentlich auch die Nutznießung des ganzen Vermögens also auch an Capitalien und Rechten zum wahren Nießbrauch. Vgl. auch Kreittmayr Anm. d. zu L.R. II. 9. 3 unten § 159, 46. Pr. L.R. I. 21. 173 hebt den Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen nur insoferne als eigenthümliche Form oder uneigentlichen Nießbrauch hervor, als der Berechtigte nur ebensoviele Sachen von gleicher Beschaffenheit zurückgeben soll, während es eigentlichen Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen annimmt, wenn der Besteller dieselben Sachen zurückerhalten will. Pr. L.R. I. 21. 174, Förster, P. P.R. § 187, 145.

[8] Es liegt hier das gleiche Verhältniß vor wie bei der Dos, für welche unter sich abweichende Regeln gelten, je nachdem sie in vertretbaren in beweglichen oder unbeweglichen Sachen besteht, und je nachdem sie gegen eine Schätzungssumme übergeben ist oder nicht. Nach dieser Verschiedenheit der Gegenstände ist die Stellung des Ehemannes verschieden, sowohl was das Recht an der Sache als was die Dispositionsbefugniß und die Restitutionspflicht betrifft; und doch spricht man immer von einem einheitlichen Rechtsinstitut der Dos.

[9] Bei dem Nießbrauch an einem ganzen Vermögen wird auch nach römischem Recht Verbindung des verus und quasiususfructus zu einem Rechtsverhältniß angenommen Arndts § 181, Seuffert, Pandekten § 170, 1. Gerade dieses aber ist jetzt der gewöhnliche Fall, während Nießbrauch an einzelnen Sachen nur selten vorkommt.

[10] Maurenbrecher, Pr.R. § 254—256. Aeltere Schriftsteller gebrauchen diesen technischen Ausdruck nur von dem bäuerlichen Austrag (contractus vitalitius), z. B. Runde, Pr.R, § 521, Hillebrand, P.R. § 208; indessen findet er

der Hauptsache dem Institut entspricht, das in unserem neueren Recht als Recht der Nutznießung aufgeführt wird [11]. Dieses unterscheidet sich von der Personalservitut des römischen Rechts nicht nur durch die Ausdehnung auf alle Arten von Vermögensgegenständen [12] sondern auch dadurch, daß die Art der Begründung ohne Einfluß auf den Inhalt ist, der gesetzliche Nießbrauch daher in der Hauptsache dem auf Disposition beruhenden gleichgestellt ist [13].

Der Nießbrauch kann an allen Arten von Sachen und Rechten daher auch an einem ganzen Vermögen begründet werden [14]. Je nach der Beschaffenheit des Gegenstandes ist auch jetzt noch zu unterscheiden, indem bei dem Nießbrauch an verzehrbaren Sachen die Restitutionspflicht eine andere ist als bei dem an nicht verzehrbaren Sachen [15]. Bestritten ist zu welcher Categorie der Nießbrauch an Rechten namentlich an Capitalien zu rechnen sei [16]. Während die einen den Nießbrauch an Forderungen durchgängig als uneigentlichen Nießbrauch behandeln [17], wollen andere nach dem Gegenstand des Forderungsrechts unterscheiden [18], aber auch von dem letzteren Standpunkt aus wird ge-

---

sich schon in den älteren Quellen für das Leibgeding der Wittwe z. B. Ssp. I. 21, und war in den späteren Gesetzen allgemein für alle Nutzungsrechte in Uebung, Maurenbrecher, P.R. § 254, 6, weßhalb ihn Maurenbrecher, Pr.R. § 254 und Mittermair, P.R. § 365 und 398 auch in dieser allgemeinen Bedeutung anwenden.

[11] Maurenbrecher § 254 will als allgemeine Unterscheidungsmerkmale der deutschen Leibzucht und des Usufruktus aufstellen, daß bei ersterer der Berechtigte über die Substanz verfügen dürfe, daß er keine Caution zu errichten habe, und zu positiven Handlungen verpflichtet sei. Das zuerst genannte Merkmal, dessen allgemeine Geltung gar nicht nachgewiesen ist, würde die Leibzucht jedenfalls nur von der einen Art des usufructus unterscheiden; aber auch die beiden anderen Unterscheidungsmerkmale sind nicht durchgängig begründet.

[12] In den deutschrechtlichen Quellen findet sich nichts der Unterscheidung des verus und quasiususfructus entsprechendes.

[13] Dieß gilt wenigstens für das spätere Recht Eichhorn, P.R. § 313 k.

[14] l. 3. D. 7. 5. Post quod omnium rerum usufructus legari poterit ... Bayr. L.R. II. 9. 3. Nr. 2. Pr. L.R. I. 21. 71.

[15] Vgl. unten § 159, 74 f.

[16] Vgl. Steinberger über den usufructus nominis Z. f. C.R.* XI. 151 f. Thomas, de usufructu nominum Jena 1837.

[17] Elvers, Servituten 597. Luden, Servituten 110. Glück, Comment. IX. 172. Puchta, Pandekten § 182.

[18] Steinberger, Z. f. C.R.* XI. 159 f. Windscheid § 206, 9. Sintenis § 59, 57. Bürkel, Beiträge 69.

wöhnlich der Nießbrauch an Capitalien als uneigentlicher Nießbrauch erklärt [19], was indessen weder in dem Bayrischen [20] noch in dem Preußischen Landrecht [21] Anerkennung gefunden hat.

§ 158.

2. Begründung.

Der Nießbrauch kann durch Privatdisposition Zeitablauf und Gesetz entstehen. Während für die Begründung des Nießbrauchs durch Privatdisposition und Zeitablauf die allgemeinen bei allen Dienstbarkeiten geltenden Grundsätze [1] zur Anwendung kommen, sind für die Fälle der Entstehung durch gesetzliche Bestimmung fast durchgängig die Grundsätze des Familienrechts von Einfluß [2]. Manche scheiden daher

---

[19] Schönemann, Servituten § 24. Heimbach, R.L. XI. 953. Vgl. auch die bei Steinberger Z. f. C.R. * XI. 151, 3 citirten. Dieser Ansicht schließt sich Steinberger selbst an Z. f. C.R. * XI. 176 f. Die frühere Meinung betrachtete den Nießbrauch an Capitalien als wahren Nießbrauch s. die bei Glück, Comment. IX. 406, 7 und Steinberger Z. f. C.R. * XI. 150, 1 und 2 angeführten. Eine dritte Meinung will unterscheiden ob der Nießbrauch an dem Capital selbst oder nur an den Zinsen bestellt sei s. die bei Glück, Comment. IX. 407, 12—14 citirten und Held, Lehre vom usufructus § 12, Seuffert, Pandekten § 170, 8.

[20] Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 9. 10. „Baargeld gehört unstreitig mehr ad quasi als verum usumfructum . . . das nämliche behauptet Leyser in Spec. 106. § 5 auch von Capitalien und erlaubt dahero Usufructuario, daß er ebenfalls ganz frei damit schalten und walten sofort solche nach eigenen Belieben ohnersucht des Proprietarii aufkünden einbringen oder transportiren könne, worinfalls wir aber anderer Meinung sein müssen, nachdem bereits oben § 3. Lit. a. Erwehnung geschehen ist, was gestalten die inter Sabinianos et Proculeianos obgewaltete Controvers, utrum detur verus ususfructus nominis, endlich von Ulpiano affirmative decidirt worden, quo Supposito sich von selbst ergiebt, daß Usufruktuarius ohne Consens des Proprietarii das Capital weder angreiffen noch, so lange keine Verlustsgefahr vorhanden ist, oder der Debitor solches selbst nicht mehr behalten will, aufkünden und retiniren darf, weil der Genuß in vero usufructu obverstandnermassen anderer Gestalt nicht als salva rei Substantia exercirt wird." Vgl. auch Anm. d zu Bayr. L.R. II. 9. 3 unten § 159, 46.

[21] Pr. L.R. I. 21. 101—103. Förster, P. P.R. § 186, 146.

[1] Vgl. oben § 153.

[2] Die unter Nr. 1—7 aufgeführten Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs beruhen alle auf familienrechtlichen Verhältnissen mit Ausnahme des Erbrechts der

die Darstellung des gesetzlichen Nießbrauchs aus der Lehre von den Dienstbarkeiten aus, theils weil sie darin nur ein dem Familienrecht angehörendes Verhältniß sehen, theils weil sie den gesetzlichen Nießbrauch als ein von der Personalservitut völlig verschiedenes Institut erachten. Die Abweichungen sollen darin bestehen, daß bei dem gesetzlichen Nießbrauch der Berechtigte keine Caution zu errichten habe, und daß der Inhalt ein anderer sei, indem die Beschränkungen, welche bei dem dispositiven Nießbrauch bezüglich der Veränderungen an den Objekten des Nießbrauchs gegeben sind [3], bei dem gesetzlichen Nießbrauch cessiren sollen [4]. Allein diese Auffassung entbehrt auch gemeinrechtlich der Begründung [5]; nach Bayrischem und Preußischem Landrecht ist sie ohnehin nicht anwendbar [6], und durch die neuere Gesetzgebung ist die Befreiung von der Cautionspflicht überdieß anders geregelt [7]. Es ist daher kein Grund gegeben den gesetzlichen Nießbrauch als ein von dem dispositiven principiell verschiedenes Institut anzusehen, vielmehr sind beide als ein einheitliches Rechtsinstitut zu betrachten, wie dieß auch der Auffassung des Bayrischen und Preußischen Landrechts entspricht [8]. Die einzelnen in unserem Recht begründeten Fälle des gesetzlichen Nießbrauchs sind folgende:

1. In dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts [9] hat der wieder heirathende Ehegatte den lebenslänglichen Nießbrauch an dem Ehegewinn und an dem Erbtheil aus dem Vermögen eines verstorbenen erstehelichen Kindes, das er zugleich mit dessen Geschwistern beerbt hat, während das Eigenthum dieser Vermögenstheile den erstehelichen Kindern zufällt [10]. Dieses Nutznießungsrecht wird von den einen der Nutznießung an den Adventitien gleichgestellt, während eine andere Meinung eine Cautionsbefreiung nur annimmt soweit das Objekt in Immo-

---

armen Wittwe (Nr. 4) und des Beisitzes des überlebenden Ehegatten bei unbeerbter Ehe (Nr. 5 b).

[3] Vgl. unten § 159, 39 f.

[4] Vgl. unten Note 52.

[5] Vgl. unten Note 55.

[6] Vgl. unten Note 53 und 54.

[7] Vgl. unten § 159, 97.

[8] Sowohl das Bayr. L.R. II. 9. 2 als das Pr. L.R. I. 21. 1 stellen den gesetzlichen Nießbrauch dem auf Disposition oder Verjährung beruhenden gleich.

[9] In dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts kommt diese Bestimmung nicht zur Anwendung. Vgl. oben § 69, 1.

[10] Vgl. oben § 69, 2 und 6.

bilien besteht [11]. Mit der letzteren Auffassung stimmt das Bayrische Landrecht insoferne überein als es für diesen Nießbrauch keine Ausnahme von den allgemeinen Grundsätzen anordnet [12].

2. Im Rechtsgebiet des gemeinen Rechts [13] erwirbt der Ehemann an der Dos die Ehefrau an der donatio propter nuptias, für welche ihnen vertragsmäßig der Anfall nach Auflösung der Ehe zugesichert ist, bei dem Vorhandensein von Kindern das Eigenthum nur an einem Kopftheil, während sie an dem übrigen nur Nießbrauch erhalten [14]. Für diesen Ususfruktus fehlt es an näheren Bestimmungen, und er ist daher seinem Inhalt nach nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen [15]. Nach Bayrischem Landrecht hat bei bekindeter Ehe der Ehemann an der bestellten Dos die Ehefrau an der Widerlage lebenslänglichen Nießbrauch anzusprechen [16].

3. Bei Ehescheidung fällt gemeinrechtlich die Ehescheidungsstrafe den vorhandenen Kindern zum Eigenthum zu, und der unschuldige Theil hat daran nur lebenslänglichen Nutzgenuß [17]. Diese Vorschrift ist in einem Theil unserer Statuten beseitigt [18]. Wo sie zur Anwendung kommt richtet sich der Nießbrauch nach den unter Nr. 2 aufgeführten Grundsätzen [19].

---

[11] Windscheid § 204, 8.

[12] Bayr. L.R. I. 6. 47 und II. 9. 2. Nr. 1. Nach Bayrischem Landrecht ist nur der Vater von der Caution befreit vgl. unten § 159, 95.

[13] Auch dieser gesetzliche Nießbrauch ist in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts nicht anwendbar, da dieses das Institut der Dos nicht kennt, vgl. oben § 56. Das Preußische Recht hat in dem Erbschatz ein der Dos analoges Rechtsinstitut zu schaffen gesucht, das aber jetzt gänzlich unpraktisch ist, vgl. Förster, P. P.R. § 208, 85. In Bayern würde dieses letztere überhaupt nur Anwendung finden bei vertragsmäßiger Ausschließung der Gütergemeinschaft, vgl. oben § 66.

[14] Nov. 98. c. 1. Nov. 127 c. 3. Windscheid § 506, 16.

[15] Elvers, Servituten 577 hält die für den ususfructus an den lucra nuptialia geltenden Bestimmungen für analog anwendbar, allein es fehlt für diese Behauptung jeder positive Anhaltspunkt.

[16] Bayr. L.R. I. 6. 36 Nr. 7 und I. 6. 37 Nr. 6.

[17] l. 8. § 7. Cod. 5. 17. Nov. 28. c. 2. Elvers, Servituten 577.

[18] Nach Anm. 1 a und 2 zu Bayr. L.R. I. 6. 43 erhält der unschuldige Theil die Ehescheidungsstrafe eigenthümlich; das gleiche gilt nach Preußischem Landrecht Förster, P. P.R. § 215, 29. Die Ehescheidungsstrafe fällt nach denjenigen Statuten hinweg, welche für den schuldigen Theil Verlust des ganzen Vermögens aussprechen oben § 68, 8.

[19] l. 11. § 1. Cod. 5. 17. filiis autem et deinceps personis ex eodem

4. Die arme Wittwe, welche gemeinrechtlich ein Erbrecht an dem Vermögen des Ehemannes hat, erhält, wenn sie mit Kindern concurrirt, nur lebenslänglichen Nießbrauch an ihrer Erbportion [20]. Da das Gesetz nähere Bestimmungen nicht getroffen hat, so ist keine Veranlassung gegeben, bei diesem Nießbrauch eine Abweichung von den allgemeinen Grundsätzen anzunehmen [21].

5. Auf Grund des besonderen ehelichen Güterrechts hat der überlebende Ehegatte den Beisitz an dem Vermögen des verstorbenen in folgenden Fällen anzusprechen:

a. bei unbeerbter Ehe hat der überlebende Ehegatte nach Bayrischem Landrecht [22] und nach den Statuten von Nürnberg [23] Regensburg [24] und Rettenberg [25] an dem Vermögen des verstorbenen, das dem Eigenthum nach an dessen Intestaterben fällt, den lebenslänglichen Nießbrauch, für welchen die allgemeinen Grundsätze gelten [26].

b. Bei beerbter Ehe hat der überlebende Ehegatte ein Beisitzrecht an dem Vermögen des verstorbenen und zwar bei partikulärer Gütergemeinschaft nach den Statuten von Nürnberg [27], Bamberg [28], Mainz [29], Ansbach [30], Rothenburg [31], Stadt Augsburg [32], Regensburg [33] und nach Bayrischem Landrecht [34]; bei allgemeiner Gütergemeinschaft nach den Statuten von Stadt Kempten [35], Fürstenthum Kempten [36], Kauf-

---

matrimonio intervenientibus ei servando ad similitudinem dotis et propter nuptias donationis per omnia quae super his statuta sunt.

[20] Nov. 117. c. 5.

[21] Elvers, Servituten 577 behauptet Befreiung der Wittwe von der Caution.

[22] Vgl. oben § 59, 9.

[23] Vgl. oben § 59, 16 und § 62, 3.

[24] Vgl. oben § 59, 20.

[25] Vgl. oben § 59, 19.

[26] Der überlebende Ehegatte ist daher zur Cautionsleistung verpflichtet Eichhorn, P.R. § 313 l. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Nürnberg Ref. XXXIII. 3, 4. Vgl. Siebenkees, Int.-Erbfolge § 61 und 97.

[27] Vgl. oben § 59, 25 und 79, 7.

[28] Vgl. oben § 59, 26.

[29] Vgl. oben § 59, 27 und Kurz, Mainzer Recht 371 f.

[30] Vgl. oben § 59, 30 und § 79, 8.

[31] Vgl. oben § 59, 31.

[32] Vgl. oben § 59, 32 und § 79, 3.

[33] Vgl. oben § 59, 33 und 79, 7.

[34] Vgl. oben § 59, 28. Rau, Handbuch 168.

[35] Vgl. oben § 64, 21 und § 79, 2.

[36] Vgl. oben § 79, 7.

beuern [37], Lindau [38], Nördlingen [39], Oettingen [40], Dinkelsbühl [41], Eichstädt [42], Hohenlohe [43], Bayreuth [44], Bamberg [45], Erbach [46]. Das Rechtsverhältniß ist in den meisten Statuten nicht näher bestimmt; eine Ausdehnung der gemeinrechtlichen Grundsätze von dem väterlichen Nießbrauch an den Adventitien auf den Beisitz der Mutter [47] erscheint indessen als der rechtlichen Natur des Instituts entsprechend [48], und es ist daher gerechtfertigt, auch da, wo das Statut dieß nicht ausdrücklich anordnet [49], die Befreiung der Mutter von der Cautionsleistung anzunehmen, wie dieß auch in der Praxis des Obersten Gerichtshofes anerkannt ist [50].

6. Gemeinrechtlich hat der Vater das Nießbrauchsrecht an den adventitia regularia der Hauskinder [51]. Gemeinrechtlich wird dieses Nutzungsrecht von der Personalservitut unterschieden, da man annimmt, daß das Recht des Vaters an den Adventitien ein ausgedehnteres sei als das des Nutznießers, indem der Vater abgesehen von der Befreiung von der Cautionsleistung eine freiere Verfügung über die seinem Nutz-

---

[37] Vgl. oben § 79, 5.

[38] Vgl. oben § 79, 6.

[39] Vgl. oben § 79, 6.

[40] Vgl. oben § 79, 7.

[41] Vgl. oben § 64, 20 und § 79, 6.

[42] Vgl. oben § 79, 6.

[43] Vgl. oben § 63, 15 und § 79, 8.

[44] Vgl. oben § 63, 16 und § 79, 8.

[45] Vgl. oben § 79, 8.

[46] Vgl. oben § 79, 8.

[47] Daß für den Beisitz des Vaters die Grundsätze von der Nutznießung an den Adventitien analog anzuwenden seien ist ohnehin zweifellos.

[48] Es ergiebt sich dieß schon aus dem Umstand, daß wie oben § 81 nachgewiesen ein Theil unserer Statuten eine elterliche Gewalt anerkennt, und daß dieses Verhältniß Veranlassung zu der Ausbildung des elterlichen Beisitzes gewesen zu sein scheint.

[49] s. die betreffenden Statuten oben § 79, 12.

[50] Erk. 17/10 65 Bl. XXXI. 59 ist ausgesprochen, daß die Befreiung der Mutter von der Cautionsleistung für den Beisitz an dem Kindervermögen als gemeinrechtliche Regel anzusehen sei. Die gleiche Auffassung hat Erk. Jena 30/12 41 Sf. IX. 197.

[51] Marezoll, Z. f. C.R. VIII. 92 f. Elvers, Servituten § 57. Windscheid § 517. Vgl. oben § 80. Nach denselben Grundsätzen ist das nach einzelnen Statuten beiden Eltern zustehende Nutzungsrecht an dem gesammten Kindervermögen zu beurtheilen. Vgl. oben § 79. I.

genuß unterstellten Sachen habe als der Usufruktuar [52]. Allein abgesehen davon, daß diese Auffassung dem Bayrischen [53] und Preußischen [54] Landrecht nicht entspricht, kann sie auch gemeinrechtlich nicht für ein durchgehendes Unterscheidungsmerkmal des väterlichen Nießbrauchs und der Personalservitut erachtet werden, da das Administrationsrecht des Vaters, das diesem allerdings weitergehende Befugnisse gewährt als sie dem Nutznießer zustehen, nicht als eine Folge des Nutzungsrechts sondern als Ausfluß der väterlichen Gewalt erscheint [55].

7. Der Nießbrauch des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau, der bei dem System der Gütereinheit allerdings begründet ist [56], findet in Bayern keine Anwendung, da sich dieses Rechtsverhältniß weder bei Dotalrecht [57] noch bei der Gütergemeinschaft [58] findet.

§ 159.

3. Inhalt des Nießbrauchsrechts.

Für den Inhalt des Nießbrauchsrechts sind folgende Grundsätze maaßgebend:

---

[52] Es gründet sich dieß namentlich auf die Annahme, daß der Vater nicht verbunden sei die Sache in ihrer ursprünglichen Form zu erhalten, wenn nur der Werth keine Veränderung erleide. Marezoll Z. f. C.R. VIII. 370. Windscheid § 517, 2. Diese Annahme beruht übrigens nicht auf positiven Bestimmungen, sondern ist nur eine Folgerung aus der Natur des Rechtsinstituts.

[53] Bayr. L.R. II. 9. 1 stellt den Nießbrauch des Vaters unter die gewöhnlichen Regeln des Nießbrauchs.

[54] Pr. L.R. II. 2. 170. 171 beschränkt den Vater in demselben Umfang wie den Nießbraucher Förster, P. P.R. § 223, 21.

[55] Dem Vater kann das Administrationsrecht ohne Nutzung und Nutzung ohne Administrationsrecht zustehen. Vgl. oben § 80, 31 und § 107, 26 und Kurhessisches Privatrecht § 134, 26.

[56] Es findet sich dafür die technische Bezeichnung usufructus maritalis Beseler, P.R. § 138, 5 und Maurenbrecher, P.R. § 255, 4 und die dort angeführten. Vgl. auch Gerber § 235.

[57] Die von manchen aufgestellte Behauptung, daß nach allgemeinem Gewohnheitsrecht in Deutschland dem Ehemann das Verwaltungs- und Nutzungsrecht an dem Paraphernalvermögen der Ehefrau zustehe, entbehrt der Begründung. Vgl. oben § 56, 55.

[58] Bei partikulärer Gütergemeinschaft wird vielfältig ein Nutzungsrecht des Ehemannes an dem Vermögen der Ehefrau angenommen; dieß ist jedoch ein ungenauer Ausdruck, da bei particulärer Gütergemeinschaft die Nutzungen aller Vermögenstheile beider Eheleute gemeinsam sind, vgl. oben § 58, 1. Der Ehemann administrirt das Vermögen der Ehefrau nur als gesetzlicher Vertreter der Gemeinschaft, vgl. oben § 58, 49.

I. Rechte des Nießbrauchers. 1. Inhalt des Nießbrauchrechts. Das Nießbrauchrecht gewährt die Befugniß, den Gegenstand zu gebrauchen und die Früchte desselben zu beziehen [1]. Der Berechtigte hat daher Anspruch auf Detention der Sache [2]. In dem Nießbrauchsrecht ist jedenfalls die Befugniß enthalten die Sache zu gebrauchen, auch wenn sie keine Früchte trägt oder fruchtbringend gemacht wird [3]; es ist aber damit zugleich die Befugniß gegeben, aus dem Gegenstand jeden Nutzen zu ziehen, der mit Erhaltung der Substanz verträglich ist, also eine Sache, die an sich keine Früchte trägt, durch Vermiethung nutzbar zu machen [4]. Der Nießbraucher hat Anspruch auf alle Natural- und Civilfrüchte der Sache mit allen ihren Accessionen [5], insoferne ihm nicht der Nießbrauch nur an einem quoten Theil eingeräumt ist [6]. Als natürliche Früchte erscheinen alle organischen Erzeugnisse der Sache; der Nutznießer hat demnach Anspruch auf die regelmäßigen Erträgnisse ländlicher Grundstücke [7], namentlich die darauf gezogenen natürlichen Früchte im engeren Sinn [8]; die regel-

---

[1] l. 1. D. 7. 1. Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi.

[2] l. 60. § 1. D. 7. 1. Elvers, Servituten 460. Nach Preußischem Recht ist der Nießbraucher unvollständiger Besitzer der Sache Förster, P. P.R. § 186, 53.

[3] l. 41. D. 7. 1. Statuae et imaginis usumfructum posse relinqui magis est quia et ipsae habent aliquam utilitatem, si quo loco opportuno ponantur. Glück, Comment. IX. 433. Windscheid § 203, 3. Bayr. L.R. II. 9. 4. Nr. 2. „Dient ihm das Gut nicht nur zum Nutzen sondern auch zur bloßen Zierde und Nutzbarkeit."

[4] l. 12. § 2. D. 7. 1. Usufructuarius vel ipse frui ea re vel alii fruendam concedere vel locare vel vendere potest; nam et qui locat utitur. Vgl. unten Note 21.

[5] Die Accessionen als solche werden nicht Eigenthum des Nießbrauchers sondern verbleiben dem Eigenthümer Elvers, Servituten 485. Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich jedoch auch auf sie l. 9. § 4. D. 7. 1, Bayr. L.R. II. 9. 4: fructus ... welche aus dem Gut dessen Zugehör und Anwachs ... genossen werden mögen." Pr. L.R. I. 21. 24: „Auch erstreckt sich das Recht auf alle selbst die erst während der Dauer desselben entstandenen An- und Zuwüchse." Die in l. 9. § 4. D. 7. 1 für die insula in flumine nata bestimmte Ausnahme ist bei uns nicht mehr praktisch, da diese nach Bayrischem Recht in Privatflüssen, in denen sie allein Accession wird, nicht als ein selbstständiges Grundstück angesehen werden kann. Vgl. oben § 120, 28.

[6] l. 5. D. 7. 1. Ususfructus ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui ... potest. Windscheid § 205, 8.

[7] l. 9. pr. D. 7. 2. Quidquid in fundo nascitur.

[8] Elvers, Servituten 481. Dahin gehören namentlich Getreide l. 25. § 1. D. 22. 1; der Grasertrag und die Baumfrüchte l. 13. D. 7. 4.

mäßige Holznutzung [9], nicht aber der Windbruch [10] und das Holz einzeln stehender Bäume die nicht zur Holznutzung bestimmt sind [11]; die Ausbeute unterirdischer Produkte soweit sie Theile des Bodens sind [12] also nicht zu den durch das Berggesetz ausgenommenen Mineralien gehören [13], nicht aber der im Boden gefundene Schatz [14]; die Ergeb=

---

[9] In einer silva caedua d. h. an den zur Holznutzung bestimmten Bäumen hat der Nutznießer nur den forstmäßigen Gebrauch, ist aber nicht auf seinen persönlichen Bedarf beschränkt. l. 9. § 7. D. 7. 1. Elvers, Servituten 482. Vangerow § 344 Anm. I. 1. Erk. Oldenburg 31/12 47 Sf. III. 9. Kreittmayr Anm. 2 d zu L.R. II. 9. 4: Die meiste Nutzung von einem Wald bestehet in dem Holzschlag, welcher also auch dem fructuario silvae nicht difficultirt werden kann ... wenn solcher nur Forstordnungsmäßig mithin so vorgenommen wird, daß der Wald und Holzwachs noch in seinem esse bleibt. P. L.R. I. 21. 32: Es gehört also das Holz in einem ordentlich eingetheilten und bewirthschafteten Wald insoweit zum Nießbrauch als die Schläge oder Haue in die Zeit desselben fallen.

[10] Gemeinrechtlich steht dem Nutznießer an diesem nur der Bedarf für seine Wirthschaft zu l. 12. pr. D. 7. 1, Vangerow § 344, I. 4, während er nach Pr. L.R. I. 21. 34 daran den auf die ordinäre Forstnutzung fallenden Theil anzusprechen hat.

[11] Diese darf er nicht abhauen, doch steht ihm die Holznutzung für eignen Bedarf an den abgestandenen zu. l. 11 und 13. § 4. D. 7. 1. Elvers, Servituten 483. Vangerow § 344. I. 4. Pr. L.R. I. 21. 35 und 36. Ebenso hat er Anspruch auf das Holz der abgestorbenen Bäume die er durch andere ersetzt l. 18. pr. D. 7. 1.

[12] l. 9. § 2. D. 7. 1. Seuffert, Pandekten, § 168, 6. Kreittmayr, Anm. 26 zu Bayr. L.R. II. 9. 4: „Steinbrüch und Mineralia genießet er nur soweit als sie nicht ad Regalia gehören sondern pars et fructus fundi sind ... und zwar ohne Unterschied zwischen Mineralia renascentia et non renascentia.« Dieß gilt auch nach Pr. L.R. I. 21. 39, während bei regalen Mineralien nach diesem ein Nießbrauch nur an der Ausbeute gegeben war. P. L.R. I. 21. 37. Förster, P. P.R. § 186, 19 und 21.

[13] Die in Berggesetz Art. 1 aufgeführten Mineralien sind nicht Theile des Bodens, und der Nutznießer hat daher ebensowenig Anspruch darauf wie der Eigenthümer des Bodens.

[14] l. 7. § 12. D. 24. 3. non magis, quam si thesaurus fuerit inventus; in fructum enim non computabitur. Seuffert, Pandekten § 168, 1. Glück, Comment. IX. 209, 100. Kreittmayr, Anm. 2 e zu Bayr. L.R. II. 9. 4. „Ein gefundener Schatz ist weder de jure Romano noch Bavarico fructus fundi... derowegen auch allhier dem Usufructuario mehr nicht davon beigelegt wird als was sonst inventori gebühret wenn er anders inventor ist." Pr. L.R. I. 21. 41. „Auf gefundene Schätze hat der Nießbraucher als solcher selbst in Ansehung der Zinsen und Nutzungen keinen Anspruch."

nisse der Jagd und Fischerei, soweit sie dem Eigenthümer zustehen [15]. Ebenso gehören ihm bei dem Nießbrauch an Thieren die regelmäßigen Produkte derselben wie Milch Wolle und Dünger [16], und bei dem Nießbrauch an einzelnen Thieren die Jungen [17], bei einer Heerde die letzteren aber nur soweit die Kopfzahl derselben dadurch vermehrt ist [18]; dagegen gehört dem Nießbraucher nicht Fell und Fleisch der gestorbenen Thiere [19]. Dem Nießbraucher gehören ferner alle Civilfrüchte der Sache, sowohl diejenigen, welche der Gegenstand zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs bereits trägt [20], als diejenigen, welche der Nießbraucher durch die kraft der ihm zustehenden Dispositionsbefugniß über den Gegenstand geschlossenen Rechtsgeschäfte erst schafft [21]. Der Nieß-

---

[15] l. 9. § 5. D. 7. 1. Kreittmayr, Anm. 8 c zu Bayr. L.R. II. 3. 3 und Anm. 2 c zu Bayr. L.R. II. 9. 4. Die Ausübung des Jagdrechts richtet sich jetzt nach dem Jagdgesetz 30/3 50. Soweit hienach dem Eigenthümer das Jagdrecht zur eigenen Ausübung zusteht, muß es auch in dem an dem betreffenden Objekt bestellten Nießbrauch enthalten sein.

[16] l. 12. § 2. D. 7. 8. Sed si pecoris ei usus relictus est, puta gregis ovilis, ad stercorandum usurum duntaxat Labeo ait, sed neque agnis neque lacte usurum; haec enim magis in fructu esse. l. 28. pr. D. 22. 1 unten Note 17.

[17] l. 28. pr. D. 22. 1. In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, et pilus et lana. Itaque agni et hoedi et vituli statim pleno jure sunt . . . fructuarii.

[18] l. 68. § 1 und 2. l. 69. D. 7. 1. Foetus tamen pecorum Sabinus et Cassius opinati sunt ad fructuarium pertinere. Plane si gregis vel armenti sit ususfructus legatus, debebit ex adgnatis gregem supplere, id est in locum capitum defunctorum vel inutilium alia submittere . . . . Et sicut substituta statim domini fiunt, ita priora quoque ex natura fructus desinunt eius esse. Nam alioquin quod nascitur fructuarii est, et cum substituit desinit ejus esse. Windscheid, § 203, 11, Pr. L.R. I. 21. 17.

[19] l. 30. D. 7. 4. Caro et corium mortui pecoris in fructu non est, quia mortuo eo ususfructus extinguitur. Eine Ausnahme ist dann begründet, wenn bei dem Nießbrauch an einer Heerde die ausgeschiedenen Thiere durch andere ersetzt werden, indem hier die ersteren dem Usufruktuar verbleiben. Elvers, Servituten 487.

[20] Es gehören dahin die Erträgnisse von Miethverträgen, in welche der Nießbraucher in Folge besonderer Disposition eintreten muß l. 59. § 1. D. 7. 1; der Canon aus einem Platzrecht Elvers, Servituten 497; die Zinsen belegter Kapitalien und die Erträgnisse einer Leibrente P. L.R. I. 21. 43.

[21] Der Nutznießer kann die Sache vermiethen oben Note 4 oder sein Nutznießungsrecht abtreten unten Note 54; in dem letzteren Fall ist der Preis der Abtretung als Civilfrucht erklärt l. 38. 39. D. 7. 1. . . . quodsi vendidero

braucher erwirbt gemeinrechtlich das Eigenthum der natürlichen Früchte durch Perception [22], der Civilfrüchte durch Uebergabe [23]; nach Preußischem Recht wird er Eigenthümer der Früchte mit ihrer Entstehung [24]. Das Recht des Nießbrauchers erstreckt sich gemeinrechtlich auf die bei dem Beginn desselben mit der dienenden Sache noch zusammenhängenden natürlichen Früchte [25], ohne daß der Nutznießer zu einem Ersatz der darauf verwendeten Kosten verbunden wäre [26], während er nach Bayrischem Landrecht diesen Ersatz leisten muß [27]; dagegen verbleiben die bei Beendigung des Nießbrauchs noch stehenden Früchte dem Eigenthümer [28] ohne Ersatz der Baukosten [29], welche letztere jedoch nach Bayrischem Landrecht dem Nutznießer zu vergüten sind [30]. Civilfrüchte werden gemeinrechtlich nach Raten getheilt, wenn sie von Sachen bezogen werden die täglich Nutzen gewähren [31]; sind sie nur Ersatz zu

---

usumfructum, etiamsi emtor non utatur, videor usumfructum retinere. Quia qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui principali re utitur fruitur.

[22] Vgl. oben § 144, 4. Elvers, Servituten 488. Windscheid § 203, 8.

[23] Windscheid § 203, 9.

[24] Vgl. oben § 144, 13. Förster, P. P.R. § 186, 42.

[25] l. 27. pr. D. 7. 1. Si pendentes fructus jam maturos reliquisset testator, fructuarius eos feret, si die legati cedente adhuc pendentes deprehenderit; nam exstantes fructus ad fructuarium pertinent.

[26] l. 25. § 1. D. 22. 1. cum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati. Glück, Comment. IX. 198.

[27] Bayr. L.R. II. 9. 4. Nr. 6: Fallen ihm die zur Zeit der Aquisition annoch stehende oder hängende fructus naturales über Abzug deren hierauf verwendeten Baukosten gleichfalls zu, civiles hingegen werden für das letzte Jahr zwischen ihm und dem proprietario pro rata getheilt.

[28] § 36. Inst. 2. 1. l. 13. D. 7. 1.

[29] Die abweichende Meinung von Glück, Comment. IX. 334, 37 ist widerlegt Elvers, Servituten 538 1 und Erk. Rostock 4/7 61 Sf. XVI. 274.

[30] Bayr. L.R. II. 9. 7. Nr. 5: Die selbiger Zeit noch stehend oder hangende Früchte nimmt er ebenfalls über Abzug deren Baukosten zu sich, fructus civiles ultimi anni aber werden zwischen ihm und dem Usufructuario und denen Erben pro rata getheilt.

[31] Wächter, Erörterungen I. 75. Arndts § 179 e. Hieher gehören die Miethzinsen eines Hauses und Zinsen eines Capitals. Hier kommt es darauf an, ob der Nachfolger im Fruchtgenuß an das Rechtsgeschäft gebunden ist oder nicht. In dem ersteren Fall entscheidet die oben angeführte Regel Wächter, Erörterungen I. 79. Ist der Nachfolger nicht daran gebunden, und löst er das Rechtsverhältniß auf, so bezieht der Vorgänger den Zins für die verflossene Zeit, während der Nachfolger die freie Disposition über die Sache hat. Wächter,

ziehender natürlicher Früchte so entscheidet die Zeit, in welche die Möglichkeit der Perception gefallen wäre [32]; dagegen fallen sie, wenn das Recht der Erhebung an einem bestimmten Tag entsteht, demjenigen zu, der an diesem Tag das Recht der Beziehung der Früchte hat [33]. Nach bayrischem Landrecht dagegen werden Civilfrüchte zwischen dem Eigenthümer und Nutznießer immer pro rata getheilt[34]. Nach Preußischem Recht werden zum Behuf der Auseinandersetzung Landgüter bis zum Ende des Wirthschaftsjahrs, das vom ersten Juli an gerechnet wird, auf gemeinschaftliche Rechnung des Nießbrauchers und Eigenthümers verwaltet, und Ueberschuß oder Einbuße im Verhältniß der sie treffenden Zeit zwischen Eigenthümer und Nutznießer getheilt [35]. Bei Grundstücken mit denen keine Landwirthschaft verbunden ist Gerechtigkeiten und ausstehenden Capitalien wird das Jahr vom ersten Juni an gerechnet [36], und es

---

Erörterungen I. 79; Glück, Comment. IX. 336. Die Bestimmung im L.T.A. 18/2 71 § 21 wird durch dieses Verhältniß nicht berührt, da hier die Rechte des Miethers nur gegenüber dem neuen Eigenthümer gewahrt sind.

[32] Wächter, Erörterungen I. 75; Arndts § 179 f. Unter diese Categorie fallen Pachtgelder, bei welchen die oben angeführte Regel entscheidet, wenn das Pachtverhältniß bei Beginn des Nießbrauchs auf den Nießbraucher bei Beendigung desselben auf den Eigenthümer übergeht Wächter, Erörterungen I. 79. Ist dieß nicht der Fall, so kommt es lediglich darauf an, ob der Pächter die Früchte percipirt hat oder nicht; hat er sie bereits percipirt, so hat bei Eintritt der Nutznießer bei Beendigung der Eigenthümer keinen Anspruch; hat er sie nicht percipirt, so gehören sie bei Eintritt dem Nießbraucher bei Beendigung dem Eigenthümer. Wächter, Erörterungen I. 75; Glück, Comment. IX. 337.

[33] Wächter, Erörterungen I. 80; Glück, Comment. IX. 342; Seuffert, Pandekten § 168, 12. Es ist dieß sehr bestritten aber weniger des Prinzips wegen als wegen der Meinungsverschiedenheit über die hieher zu rechnenden Categorieen von Abgaben. Manche rechnen hieher alle Grundgefälle, namentlich auch Zehnten; s. dagegen Wächter, Erörterungen I. 85, der mit Recht die Zehnten ausnimmt und sie zu den natürlichen Früchten dagegen alle Einkünfte aus einer Sache, die nicht gerade ein Erzeugniß dieser Sache sind, zu den bürgerlichen Früchten zählt. Durch das Ablösungsgesetz ist diese Frage sehr vereinfacht. In Betracht zu ziehen sind jetzt nur noch die als Reallasten erscheinenden Grundgefälle, Forstnutzungen und Ewiggilten, welche zweifellos als bürgerliche Früchte anzusehen und der oben angeführten Regel zu unterwerfen sind.

[34] Bayr. L.R. II. 9. 4. Nr. 6 und II. 9. 7. Nr. 5. oben Note 27 und 30.

[35] Pr. L.R. I. 21. 151—169. Förster, P.P .R. § 186, 117 f. War das Gut verpachtet, so wird der reine Betrag des Pachtgeldes vertheilt Pr. L.R. I. 21. 168. Analog werden diese Grundsätze in Anwendung zu bringen sein für die Vertheilung der Nutzungen bei Beginn des Nießbrauchs.

[36] Pr. L.R. I. 21. 171.

fallen bei Beendigung des Nießbrauchs bis zum Ablauf des Vierteljahrs, in welchem der Nießbrauch endigt, die Nutzungen dem Vermögen des Nießbrauchers zu [37].

2. Dispositionsbefugniß [38]. Der Nutznießer hat das Recht:

a. Aenderungen an der Sache vorzunehmen, welche mit der bisherigen Bestimmung derselben vereinbar sind [39], und zwar nicht bloß bei Gelegenheit nothwendiger Reparaturen [40], sondern auch zum Zweck von Verbesserungen [41] oder zu Zwecken der Ausübung seines Rechts [42]. Dagegen darf er einseitig keine Veränderung vornehmen, welche eine Umgestaltung der ursprünglichen Form enthält [43], selbst wenn die Sache dadurch werthvoller und einträglicher würde [44]. Bestritten ist

---

[37] Pr. L.R. I. 21. 170—172. Förster, P. P.R. § 186, 124.

[38] Vgl. Keil das Dispositionsrecht des Usufruktuars A. f. C.P. XXXV. 358 f.

[39] Elvers, Servituten 468 f. Die Quellen sprechen diesen Satz nicht direkt aus, stellen ihn aber durch eine Reihe von Anwendungsfällen auf, so Anlegung von Steinbrüchen auf einem Landgut l. 13. § 4. D. 7. 1; Aufführung von Oeconomiegebäuden l. 13. § 6. D. 7. 1; Ausschmückung eines Hauses l. 13. § 7. D. 7. 1. Daß dadurch keine Verschlechterung der Sache herbeigeführt werden dürfe folgt aus der allgemeinen Pflicht der Instandhaltung unten Note 58 f.

[40] Elvers, Servituten 466.

[41] Glück, Comment. IX. 236. Elvers, Servituten 472.

[42] Glück, Comment. IX. 336. Keil Archiv XXXV. 392.

[43] Keil, Archiv XXXV. 392. Pr. L.R. I. 21. 25: „Er darf aber ohne Einwilligung des Eigenthümers selbst einzelne Theile der Substanz in eine von der vorigen ganz verschiedenen Form nicht umändern.“ Kreittmayr, Anm. 1 c zu Bayr. L.R. II. 9. 4. „Daraus folgt von selbst, daß er formam rei usufructuariae nicht immutiren sohin weder aus Aeckern eine Wiese oder Waldung machen noch Gebäude darauf .setzen oder die schon vorhandenen abtragen und verändern darf . . . worinfalls sich eben zwischen einem usufructuario et domino utili kein geringer Unterschied bezeigt, anerwegen dieser an die formam rei nur soweit als solche etwan ohne Präjudiz des domini directi nicht abgeändert werden kann gebunden ist.“ Auch diesen Satz haben die römischen Quellen nur durch Entscheidung einzelner Anwendungsfälle aufgestellt, so Verwandlung eines Lustgartens in einen Nutzgarten l. 13. § 4. D. 7. 1; Verwandlung eines ganzen Landguts in ein Bergwerk l. 13. § 5. D. 7. 1; Höherbauen eines Hauses l. 13. § 7. D. 7. 1; Verwandlung eines Wohnhauses in ein Gewerbshaus z. B. ein Bad l. 13. § 8. D. 7. 1; Ausbauen eines Hauses l. 44 und 61. D. 7. 1, welche Bestimmung wie Kreittmayr, Anm. 1 e zu Bayr. L.R. II. 9. 4 bemerkt nach Bayrischem Recht nicht Anwendung findet. Ueber die Frage inwieferne diese Beschränkung auch auf den Nießbrauch des Vaters an dem Vermögen der Hauskinder auszudehnen sei vgl. oben § 158, 54 f.

[44] Keil, Archiv XXXV. 391 führt den Satz aus der Usufruktuar dürfe

inwieferne dieß auf den Nießbrauch an Forderungen Anwendung leide; je nach der verschiedenen Auffassung des Rechtsverhältnisses entscheiden sich die gemeinrechtlichen Schriftsteller für oder gegen die Befugniß des Nießbrauchers die Forderung einzuziehen, also den Gegenstand umzugestalten [45]; das Bayrische Recht, welches den Nießbrauch an Forderungen zu dem wahren Nießbrauch rechnet [46], spricht sich gegen die Befugniß aus [47]. Nach Preußischem Recht ist der Nießbrauch an Kapitalien als eigentlicher Nießbrauch erklärt [48], und dem Nießbraucher jede einseitige Aenderung ausdrücklich untersagt [49]; hinsichtlich anderer Forderungen ist im preußischen Recht keine Bestimmung getroffen, es wird daher hier nach dem Gegenstand der Forderung zu unterscheiden sein, immer aber dem Nutzungsberechtigten die Befugniß zustehen, die Forderung geltend zu machen. Die Frage ob eine von dem Nutznießer vorgenommene Veränderung die ihm gezogenen Schranken nicht überschreite ist im einzelnen Fall nach billigem Ermessen zu entscheiden [50],

---

abgesehen von den oben aufgeführten Fällen nur solche Veränderungen vornehmen, welche im Sinn des Proprietars seien. Elvers, Servituten 468 hält alle Veränderungen für gestattet, durch welche die Sache nach den Ansichten des Verkehrs ihrer Art nicht entzogen wird.

[45] Die herrschende Meinung ist dafür s. Windscheid § 206, 9; Glück, Comment. IX. 406 f.; Steinberger über ususfructus nominis Z. f. C.R.* XI. 175; Erk. Celle 14/12 64 Sf. XIX. 126. Für diese Ansicht sprechen sich diejenigen aus, welche den Nießbrauch an Forderungen für einen quasiususfructus erklären; dagegen diejenigen, welche einen wahren Nießbrauch daran annehmen. Eine dritte Meinung will bei dem Nießbrauch an Capitalien unterscheiden ob der Nießbrauch am Capital selbst oder nur an den Zinsen eingeräumt sei, und hält nur in dem ersten Fall das Recht der Umgestaltung für gegeben vgl. oben § 157, 19.

[46] Kreittmayr, Anm. d zu Bayr. L.R. II. 9. 3. „Ob man auch von einer Schuldforderung usumfructum zugeben könne, war zwar weyland ein famoser Streit inter Sabinianos et Proculeianos, welche aber Ulpianus in L. 3 ff. de usufr. ear. rer. affirmative decidirt. Confer Walch Diss. de Usufructu nominis, worin bemeldter Streit mit allen Rationibus pro et contra weitläufig recensirt wird." Vgl. auch oben § 157, 7 und 20.

[47] Kreittmayr, Anm. f. zu Bayr. L.R. II. 9. 10 oben § 157, 20.

[48] Vgl. oben § 157, 20 und Förster, P. P.R. § 186, II.

[49] Pr. L.R. I. 21. 101—109. Hienach kann weder der Nießbraucher noch der Eigenthümer die Capitalien einseitig einziehen und anders belegen; ist eine anderweitige Belegung erforderlich z. B. weil der Schuldner aufgekündigt hat, so müssen beide gemeinsam handeln. Vgl. Förster § 186, 62.

[50] l. 1. D. 7. 9. Keil, Archiv XXXV. 363. Elvers, Servituten 461. Arndts § 179. Nr. 2. Windscheid § 293, 11. Bayr. L.R. II. 9. 4. Nr. 3: Ist

und der Eigenthümer hat das Recht die Beseitigung von Veränderungen zu verlangen die dem nicht entsprechen [51]. Bei dem Nießbrauch an fungibeln Sachen dagegen liegt die freie Disposition über die Substanz in der Natur des Rechtsverhältnisses [52].

b. Er hat das Recht über den Inhalt des Nießbrauchs zu verfügen, indem er zwar nicht das Recht selbst [53] aber die Ausübung an andere überlassen darf [54] in der Art, daß der Erwerber die daraus sich ergebenden Befugnisse aus eigenem Recht geltend machen kann [55].

c. Ueber die Sache selbst darf der Nießbraucher nicht verfügen [56], kann daher auch keine bleibenden Lasten auflegen [57].

---

er alles zu thun berechtigt, was zu diesem Zweck erforderlich sein mag welches allenfalls bei entstehender Irrung ex aequo et bono ermessen wird.

[51] Pr. L.R. I. 21. 26—28. Förster, P. P.R. § 186, 60.

[52] § 2. S. 2. 4. l. 7. D. 7. 5. Bayr. L.R. II. 9. 10. Nr. 1. „Erlangt Fructuarius das Eigenthum der Sach durch die Uebergab und kann damit . . . nach Belieben disponiren." Pr. L.R. I. 21. 173. Förster, P. P.R. § 187, 142.

[53] § 3. J. 2. 4. Item finitur ususfructus, si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur). Windscheid § 202, 5. Arndts § 179, Anm. 4. Vangerow § 344, 3. Kreittmayr, Anm. 29 zu Bayr. L.R. II. 9. 4: „Denn ob er wohl usumfructum selbst nicht vergeben kann . . . so hat es doch mit dem exercitio desselben oder der s. g. commoditate vel facultate utendi fruendi eine andere Beschaffenheit . . ." Pr. L.R. I. 21. 110: Uebrigens kann jeder Nießbraucher sein Nutzungsrecht zwar auch durch andere ausüben das Recht selbst aber kann er anderen nicht abtreten. Förster, Pr. P.R. § 185, 47. A. M. hinsichtlich des gemeinen Rechts Elvers, Servituten 234. Vgl. Erk. B. G. München 28/2 68 Z. A. B. VIII. 378, wo ausgeführt ist, daß das väterliche Nutznießungsrecht an dem Kindervermögen zwar dem Umfang nach nicht übertragbar dagegen der Ausübung nach gleich jedem anderen Nießbrauch cessibel sei.

[54] l. 38. 39. D. 7. 1. Glück, Comment. IX. 217, 25. Windscheid § 205, 3. Bayr. L.R. II. 9. 4. Nr. 7. „Im Uebrigen stehet ihm frei mit denen Gutsnutzungen solange sein Recht dauert nach Belieben zu schalten und zu walten, folglich auch solche an jemand anderen verschreiben, veräußern, cediren oder überlassen zu können." Pr. L.R. I. 21. 110 oben Note 53. Förster, P. P.R. § 185, 47.

[55] l. 11. § 2. D. 20. 1. Windscheid § 205, 4. Arndts § 179, n.

[56] l. 9. Cod. 3. 33. Usufructu matri tuae praediorum et mancipiorum relicto tam alienatio quam manumissio interdicta est. Kreittmayr, Anm. 1 e zu Bayr. L.R. II. 9. 4 „so ist er nur desto weniger befugt das Hauptgut selbst zum Theil oder ganz zu veralieniren, zu verpfänden, mit Servitutibus oder sonst zu beschweren . . . . es wäre ihm dann potestas alienandi constitutione usufructus ausdrücklich eingeräumt, welchenfalls er jedoch kein Usufructuarius sondern vielmehr Proprietarius ist. Pr. L.R. I. 21. 133. Koch, Pr.R. § 321, 15.

[57] Bayr. L.R. II. 7. 4. Nr. 4. Kann auch ein bloßer Nutznießer . . . .

II. **Verbindlichkeiten des Nießbrauchers.** Der Nießbraucher hat

1. während der Dauer des Nießbrauchs die Verpflichtung

a. die Sache in demjenigen Stand zu erhalten in dem er sie überkommen hat [58], und bei Ausübung des Nießbrauchs für Erhaltung der Sache die Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters anzuwenden [59]. Er hat daher den gewöhnlichen nothwendigen Unterhalt der Sache zu besorgen [60], mäßige Reparaturen vorzunehmen [61], und bei solchen Sachen, welche nach ihrer Natur regelmäßiger Ergänzung bedürfen, diese auszuführen [62]. Für Beobachtung dieser Verpflichtungen ist

---

eine Servitut länger nicht constituiren als seines Orts der Usus fructus ... andauert, massen sofort mit selben auch die auferlegte Bürd hinwegfallt. Pr. L.R. I. 22. 90. Der Nießbraucher kann ohne Bewilligung des Eigenthümers der Sache keine bleibenden Lasten auflegen. Förster, Pr. P.R. § 186, 80.

[58] Es folgt dieß schon aus der Verpflichtung den Nießbrauch so auszuüben, daß dadurch die Sache nicht geschädigt wird l. 1. D. 7. 1, Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 2 unten Note 59.

[59] § 38. J. 2. 1: recte enim colere et quasi bonus paterfamilias uti debet. l. 65. pr. D. 7. 1: debet enim omne quod diligens paterfamilias in sua domo facit et ipse facere. Windscheid § 203, 11 und § 204, 3. Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 2: folglich solches auf eigne Kosten zu erhalten und andergestalt nicht als auf hauswirthschaftliche Art et salva substantia zu benutzen. Pr. L.R. I. 21. 89 und 140, Förster, P. P.R. § 186, 79.

[60] So hat er namentlich fruchttragende Grundstücke in gehörigem Culturzustand zu halten Pr. L.R. I. 21. 68, Förster, P. P.R. § 186, 77, und bei Thieren für die nöthige Ernährung zu sorgen l. 15. § 2. D. 7. 1.

[61] l. 7. § 2. D. 7. 1: reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi Celsus scribit ... hactenus tamen ut sarta tecta habeat. Glück, Comment. IX. 254, 16. Pr. L.R. I. 21, 47. Dagegen ist er zu Hauptreparaturen nicht verpflichtet. l. 7. § 2. D. 7. 1: si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere. Erk. Wiesbaden 30/5 38 Sf. VII. 195; Wolfenbüttel 4/6 63 Sf. XVII. 270; Pr. L.R. I. 21. 52; Förster, P. P.R. § 186, 65 f.

[62] So hat er eine Heerde aus dem Nachwuchs zu ergänzen § 38. J. 2. 1: Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarius submittere debet, Pr. L.R. I. 21. 69, Förster, P. P.R. § 186, 78; den Abgang an den Wirthschaftsgeräthen zu ersetzen Pr. L.R. I. 21. 69, Förster, P. P.R. § 186, 77; für den regelmäßigen Nachwuchs eines Waldes zu sorgen § 38. J. 2. 1. et in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere, nicht aber den durch Windbruch entstandenen Abgang zu ersetzen l. 59. pr. D. 7. 1: Arbores vi tempestatis non culpa fructuarii eversas ab eo substitui non placet.

er dem Eigenthümer haftbar [63], wobei ihm zur Erleichterung der Abrechnung nach Bayrischem und Preußischem Landrecht Inventarerichtung bei Antritt des Nießbrauchs obliegt [64].

b. Er hat sämmtliche ordentliche Lasten der Sache zu tragen [65], namentlich Steuern und Abgaben [66], Versicherungsprämien [67], Leistungen aus den auf der Sache haftenden Reallasten [68], die Zinsen der auf der Sache lastenden Schulden [69], die darauf haftenden Alimentationsverpflichtungen [70]. Außerordentliche Lasten hat er nur zu tragen insoweit sie die Gesammtheit aller von ihm gezogenen reinen Nutzungen nicht übersteigen [71].

---

[63] l. 13. § 2. l. 15. § 3. D. 7. 1. Windscheid § 204, 2. Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 3. Nach Pr. L.R. I. 21. 140 kann der Eigenthümer bei Pflichtversäumniß des Nießbrauchers auf Sequestration antragen. Förster, P. P.R. § 186, 129.

[64] Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 7. „Damit sich aber auch über die Vollziehung dessen, was cavirt worden ist, destoweniger Irrung mit der Zeit ergeben möge, soll das nutznießliche Gut, zumal auf Begehren des Eigenthümers, vor der Auslieferung förmlich beschrieben und inventirt, oder wenn die Auslieferung ohne Inventario schon geschehen ist, von dem Usufructuario eine beschworene Specification sub Poena juramenti in litem herausgegeben werden, den Vater oder jene allein ausgenommen, welche der Inventur durch Geding oder letzten Willen begeben seyend, dann diese thun statt des Inventarii oder eidlicher Manifestation nur eine getreue Anzeig." Pr. L.R. I. 21. 113—119. Förster, P. P.R. § 186, 102. Gemeinrechtlich besteht eine solche Verbindlichkeit nicht, die Errichtung ist nur angerathen l. 1. § 4. D. 7. 1, Glück, Comment. IX. 496, Erk. Celle 25/4 54 Sf. IX. 137. A. M. Erk. München 16/7 59 Sf. XIII. 105, wo auch für das gemeine Recht die Pflicht der Inventarerrichtung angenommen wird.

[65] l. 7. § 2. D. 7. 1. Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 5. Pr. L.R. I. 21. 87.

[66] Es gehören dahin sowohl Staats- als Communalabgaben l. 27. § 3. D. 7. 1, Glück, Comment. IX. 258.

[67] Holzschuher, Theorie § 116, 24 c. Erk. Lübeck 31/3 49 Sf. XV. 106. Förster, P. P.R. § 186, 87.

[68] Förster, P. P.R. § 186, 87.

[69] Glück, Comment. IX. 259. Pr. L.R. I. 21. 70.

[70] l. 7. § 2. D. 7. 1. Glück, Comment. IX. 259, 36.

[71] Glück, Comment. IX. 259, 39. Kreittmayr, Anm. 3 g zu Bayr. L.R. II. 9. 4. „Uebermäßige Bürden, wodurch nemlich Fructus percepti überstiegen seynd, fallen auf den Proprietarium jedoch dergestalt, daß in Computatione excessus nicht selbiges Jahr allein, da die Onera zu bestreiten geweßt, sondern alle Jahr zusamm gerechnet werden, weil die Fructus nicht alle Jahr gleich seynd, sondern ein Jahr das andere übertragen muß." Pr. L.R. I. 21. 88. Förster, P. P.R. § 186, 87.

c. Er hat die auf die Sache bezüglichen Prozesse zu führen [72] und die zur Unterbrechung der Eigenthumsersitzung eines Dritten dienlichen Handlungen vorzunehmen [73].

2. Nach Beendigung des Nießbrauchs muß er den Gegenstand an den Eigenthümer zurückstellen, und zwar bei dem Nießbrauch an verbrauchbaren Sachen den Werthanschlag oder die gleiche Quantität [74], bei dem Nießbrauch an abnützbaren Sachen nach der bei der Bestellung vorwaltenden Absicht entweder den Werthanschlag oder gleiche Quantität [75] oder die Sache selbst, wobei sich in letzterem Fall der Eigenthümer die wirthschaftliche Abnützung gefallen lassen muß [76]. In allen andern Fällen hat der Nießbraucher den Gegenstand selbst zu restituiren und zwar in dem Zustand in welchem er ihn bei Bestellung des Nießbrauchs erhalten hat [77]. Hat er willkürlich Umgestaltungen vorgenommen, die seine Befugniß überschreiten, so hat er sie vor der Zurückstellung zu beseitigen oder, wo dieß nicht möglich ist, den Schaden zu ersetzen [78]. Bei Verschlechterung haftet er weder für den aus

---

[72] Pr. L.R. I. 21. 82—86. Förster, P. P.R. § 186, 89 f.

[73] l. 1. § 7. D. 7. 9. Interdum autem inerit proprietatis aestimatio, si forte fructuarius, quum possit usucapionem interpellare, neglexerit, omnem enim rei curam suscipit. Nach Pr. L.R. I. 21. 91—93 kann während des Nießbrauchs die Ersitzung gegen den Eigenthümer nicht beginnen, wohl aber läuft die schon begonnene fort. Förster, P. P.R. § 186, 96.

[74] l. 7. D. 7. 5. Windscheid § 206, 3. Arndts § 181. A. M. Bürkel, Beiträge 43, welcher annimmt, daß die Bestimmung bei der Cautionsleistung zu geschehen habe, wobei jede Partei das Versprechen der Schätzungssumme verlangen könne. Bayr. L.R. II. 9. 10. Nr. 3. Ist er nach geendigtem quasi-usufructu schuldig das Gut zwar nicht in specie doch in genere et eadem qualitate aut quantitate vel pretio zu restituiren." Nach Pr. L.R. I. 21. 173 hat er nur die gleiche Quantität zu restituiren. Förster, P. P.R. § 187, 142.

[75] § 2. J. 2. 4. Windscheid § 206, 6.

[76] l. 9. § 3. D. 7. 9. Si vestis usus fructus legatus sit, scripsit Pomponius, quanquam heres stipulatus sit finito usufructu vestem reddi, attamen non obligari promissorem, si eam sine dolo malo attritam reddiderit. Vgl. Elvers, Servituten 594, Held, usus fructus § 10, Bürkel, Beiträge 75, Pr. L.R. I. 21. 174 und 175, Förster, P. P.R. § 187, 145.

[77] l. 1. pr. D. 7. 1. Windscheid § 204, 5. Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 1. Pr. L.R. I. 21. 111. Förster, P. P.R. § 186, 101.

[78] Elvers, Servituten 477. Pr. L.R. I. 21. 25—27. „Er darf aber ohne Einwilligung des Eigenthümers selbst einzelne Theile der Substanz in eine von der vorigen ganz verschiedene Form nicht umändern. Hat er es gleichwohl gethan, so muß nach geendigtem Nießbrauche die Sache nach dem Verlangen des

der natürlichen Abnützung [79] noch für den durch außergewöhnliche Unglücksfälle [80] entstandenen Schaden. Dagegen muß er allen Schaden ersetzen der durch unbefugte Ausübung des Nießbrauchs [81] oder Unterlassung der ihm obliegenden Sorgfalt entstanden ist [82]. Für nothwendige Verwendungen die ihn nicht treffen [83] und Verbesserungen [84] kann er gemeinrechtlich Ersatz verlangen, und bis zu

---

Eigenthümers auf Kosten des Nießbrauchers wieder in den vorigen Stand gesetzt werden. Kann dieses nicht geschehen, so haftet der Nießbraucher dem Eigenthümer für allen aus einer solchen eigenmächtigen Veränderung entstandenen Nachtheil. Förster, P. P.R. § 186, 60.

[79] l. 9. § 3. D. 7. 9 oben Note 76. Elvers, Servituten 532. Glück, Comment. IX. 251. Seuffert, Pandekten § 169, 13.

[80] l. 7. § 2. l. 59. pr. l. 65. § 1. D. 7. 1. Elvers, Servituten 532. Seuffert, Pandekten § 169, 13.

[81] l. 1. § 3. D. 7. 9. Cavere autem debet, viri boni arbitratu perceptum iri usumfructum, hoc est non deteriorem se causam ususfructus facturum, ceteraque facturum, quae in re sua faceret. Glück, Comment. IX. 252. Windscheid § 204, 2. Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 3: „mithin allen Schaden, welcher dolo vel culpa lata et levi auf dem Gut durch ihn geschieht, zu erstatten." Pr. L.R. I. 21. 132: Verringerungen der zum Nießbrauche eingeräumt gewesenen Sache müssen der Nießbraucher oder dessen Erben dem Eigenthümer insoferne vergüten, als sie durch grobes oder mäßiges Versehen entstanden sind.

[82] l. 65. pr. D. 7. 1. Sed quum fructuarius debeat quod suo suorumque facto deterius factum sit reficere, non est absolvendus licet usumfructum derelinquere paratus sit. Debet enim omne, quod diligens paterfamilias in sua domo facit, et ipse facere. Glück, Comment. IX. 252. Windscheid § 204, 3. Bayr. L.R. II. 9. 5. Nr. 3 oben Note 81. Abweichend davon bestimmt Pr. L.R. I. 21. 136. „Dagegen kann wegen anderer aus vernachläßigter Cultur oder sonstiger unwirthschaftlicher Verwaltung vorgeblich entstandenen Verringerungen der Eigenthümer keinen Ersatz fordern." Vgl. Förster, P. P.R. § 186, 111.

[83] Vgl. oben Note 61, 62 und 71. Elvers, Servituten 538. Nach Bayr. L.R. II. 9. 7. Nr. 4 werden die in L.R. II. 2. 10. Nr. 7 für den bonae fidei possessor gegebenen Vorschriften analog angewendet, und hiernach hat der Nießbraucher Anspruch auf Ersatz mit Retentionsrecht.

[84] l. 7. Cod. 3. 33. Eum ad quem ususfructus pertinet sarta tecta suis sumtibus praestare debere explorati juris est. Proinde si quid ultra quam impendi debeat erogatum potes docere solenniter reposces. Erk. Oldenburg 30/10 43 Sf. I. 15. Der Betrag wird richterlich festgestellt Elvers, Servituten 538. Nach Bayr. L.R. II. 9. 7. Nr. 4 werden auch hier die in L.R. II. 2. 10. Nr. 7 für den bonae fidei possessor gegebenen Vorschriften analog angewendet, und hiernach hat der Nutznießer Anspruch auf Ersatz der Verbesserungen, insoferne sie noch existiren, jedoch ohne Retentionsrecht.

dessen Leistung die Sache retiniren [85]; nach Preußischem Landrecht nur, wenn der Eigenthümer die Aufwendung ausdrücklich genehmigt hat, während sonst dem Nießbraucher nur das Recht der Hinwegnahme zusteht [86]. Für Verwendungen zum Vergnügen hat der Nutznießer keinen Ersatz anzusprechen, sondern er darf sie nur hinwegnehmen soweit es ohne Beschädigung der Sache möglich ist [87].

3. Cautionsleistung. Der Nutznießer hat gemeinrechtlich die Verbindlichkeit, soweit nicht gesetzlich für den einzelnen Fall eine Ausnahme gemacht ist, auf Verlangen des Eigenthümers für Erfüllung seiner Verpflichtungen Caution zu leisten [88]. Gesetzlich befreit sind gemeinrechtlich von der Cautionsleistung: der Fiskus [89], der Nießbraucher dem nach einer bestimmten Zeit das Eigenthum der Sache zufällt [90], der Ehemann dem ein Nießbrauch als Dos bestellt wird [91], der Schenker der sich den Nießbrauch der geschenkten Sache vorbehält [92],

---

[85] Elvers, Servituten 534. Erk. Darmstadt 18/10 62 Sf. XVII. 2. Dagegen hat er nach Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7 ein Retentionsrecht nur für den Ersatz nothwendiger Verwendungen.

[86] Pr. L.R. I. 21. 56 und 124—131. Förster, P. P.R. § 186, 68 und 105 f.

[87] Elvers, Servituten 538. Bayr. L.R. II. 2. 10. Nr. 7: Die dritte (Expensae voluptuariae) nimmt er weg soviel ohne Beschädigung der Sache geschehen kann.

[88] l. 4. Cod. 3. 33. Usufructu constituto consequens est, ut satisdatio boni viri arbitratu praebeatur ab eo, ad quem id commodum pervenit, quod nullam laesionem ex usu proprietati afferat. Nec interest, sive ex testamento sive ex voluntario contractu usufructus constitutus est. l. 13. pr. D. 7. 1. Si cujus rei usufructus legatus erit dominus potest in ea re satisdationem desiderare .... Windscheid § 204, 6. Bayr. L.R. II. 9. 6: Obgedachte Caution, welche nemlich jeder Usufructuarius sowohl wegen Conservir- als Restituirung des nutzlichen Gutes zu präſtiren hat, pflegt nur auf Begehren des Eigenthümers geleistet zu werden.

[89] l. 1. § 18. D. 36. 3: quia nec solet fiscus satisdare. Seuffert, Pandekten § 169, 26, Arndts § 180, Anm. 4. A. M. Glück, Comment. IX. 483. Für erstere Meinung Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 2.

[90] l. 9. § 2. D. 7. 9. Plane si ex die proprietas alicui legata sit, usufructus pure, dicendum esse Pomponius ait, remittendam esse hanc cautionem fructuario, quia certum sit, ad eum proprietatem vel ad heredem eius perventuram. Windscheid § 204, 8. Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 2.

[91] l. 2. Cod. 5. 20. Windscheid § 204, 8. Seuffert, Pandekten § 169, 23. Das Bayrische Landrecht erwähnt diese Befreiung nicht.

[92] Glück, Comment. IX. 484, 99. Bayr. L.R. II. 6. 2: der das seinige ganz oder zum Theil mit Vorbehalt des Usufruktus verschenkt.

nach Bayrischem Landrecht der Vater für den Nießbrauch an den Kindergütern [93], dagegen gemeinrechtlich nur für den Nießbrauch an den Adventitien [94] und an dem Ehegewinn bei Eingehung einer zweiten Ehe [95]; endlich nach den meisten Statuten der überlebende Ehegatte der den Beisitz an dem Kindervermögen hat [96]. Nach Bayrischem Recht gilt jedoch diese Cautionsbefreiung des Vaters bezw. der Eltern nur insoweit sie nicht Immobiliareigenthum haben [97]. Die Cautionsleistung kann dem Nießbraucher auch durch Verzicht von Seite des Eigenthümers erlassen werden [98], und zwar nach jetzt geltenden Recht auch für den durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauch [99].

---

[93] Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 2.

[94] l. 8. § 4. Cod. 6. 61. Seuffert, Pandekten § 169, 22 und § 488, 8.

[95] l. 6. § 1. Cod. 5. 9. Dieß ist auch bezüglich der Immobilien auf die Mutter ausgedehnt, während sie wenn der Ehegewinn in Mobilien besteht Caution leisten muß Elvers, Servituten 576. Nach einer anderen Ansicht ist der überlebende Ehegatte überhaupt nur für den in Immobilien bestehenden Ehegewinn befreit Windscheid § 204, 8, vgl. oben § 158, 13.

[96] Vgl. oben § 158, 50 f. Nicht befreit ist gemeinrechtlich der Ehegatte bei dem Nießbrauch an dos und donatio propter nuptias sowie bei dem Nießbrauch an der Ehescheidungsstrafe oben § 158, 17 und 21.

[97] Nach Bayrischem Recht haben die Kinder wegen ihres von den Eltern administrirten Vermögens einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien derselben vgl. unten § 189, 25 f.

[98] l. 46. D. 2. 14. Glück, Comment. IX. 479. Seuffert, Pandekten § 169, 19. Arndts § 180, o. Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 2 . . . wenn sich Proprietarius derselben begiebt, welches jedoch durch die bloße Auslieferung des nutznießlichen Gutes niemals vermuthet wird. Erk. Jena 9/4 40 Sf. IV. 206.

[99] l. 7. Cod. 6. 54 ist Erlaß der Caution bei dem durch letztwillige Verfügung bestellten Nießbrauch allgemein untersagt. Von manchen wird diese Bestimmung noch jetzt für anwendbar gehalten Elvers, Servituten 555, Glück, Comment. IX. 476, Brinz, Pandekten 269, Erk. Jena 9/4 40 Sf. IV. 206, Celle 25/4 54, 14/12 64 und 5/10 64 Sf. IX. 137, XIX. 126 und 174, Wolfenbüttel 8/1 69 Sf. XXIII. 281. Von anderen wird die jetzige Anwendbarkeit in Abrede gestellt, Arndts § 180, 3, Seuffert, Pandekten § 169, 20, Böcking, Pandekten § 165, 44. Vgl. auch Windscheid § 204, 9. Der letzteren Ansicht schließt sich an Kreittmayr, Anm. 2 zu L.R. II. 9. 6. „Von dem Testatore selbst, welcher usumfructum vermacht hat, kann zwar die Caution jure romano nicht nachgelassen werden . . . . . Dieweil aber nicht abzusehen ist, warum derjenige, welcher das Eigenthum der Sach selbst vergeben kann, solche nicht auch ohne Caution solle einräumen können, so scheint das römische Recht in diesem Stuk unbegreiflich zu sein, und redet demnach unser Codex nur in Terminis Generalibus von dem Proprietario, ohne inter Testatorem und haeredem einen Unterschied dießfalls zu machen."

Der Eigenthümer kann, wo sie gestellt werden muß, vor Leistung der Caution zur Ausantwortung der Sache an den Nießbraucher nicht angehalten werden [100], und kann die ohne Caution ausgeantwortete Sache zurückverlangen [101], auch steht ihm ein Klagrecht auf Cautionsleistung zu [102]. Die Caution geht auf Erfüllung aller Verbindlichkeiten des Nutznießers, namentlich hinsichtlich des ordnungsmäßigen Gebrauchs und der Rückgabe [103]. Die Caution ist gemeinrechtlich durch Bürgen zu stellen [104]; außerdem hat der Richter zu bestimmen ob eine andere und welche Cautionsstellung zuläßig sei [105]. Ist die Leistung einer Caution nicht möglich, so kann Sequestration und Verpachtung der Sache für den Nutznießer verfügt werden [106]. Das Preußische Landrecht kennt keine allgemeine Cautionspflicht des Nießbrauchers, sondern setzt vertragsmäßige Begründung voraus [107]. Ausnahmsweise ist der Nutznießer zur Cautionsleistung verpflichtet bei

---

[100] l. 13. pr. D. 7. 1. Si usus fructus legatus sit, non prius dandam actionem usufructuario, quam satisdederit, se boni viri arbitratu usurum fruiturum. Glück, Comment. IX. 488. Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 4.

[101] l. 12. D. 7. 9. Ergo quum non fiant fructuarii vasa, vindicari a proprietario possunt cautione non data. Glück, Comment. IX. 489, 11. Kreittmayr, Anm. 1 d zu L.R. II. 9. 6.

[102] l. 7. pr. D. 7. 9. Sed et ipsa stipulatio condici poterit. Glück, Comment. IX. 489, 11. Windscheid § 204, 7. Seuffert, Pandekten § 169, 18.

[103] l. 1. § 3. D. 7. 9. Glück, Comment. IX. 471. Windscheid § 204, 5. Bayr. L.R. II. 9. 6.

[104] l. 13. pr. D. 7. 1. l. 5. § 1. D. 7. 9. Elvers, Servituten 567. Glück, Comment. IX, 491, 18. Windscheid § 204, 6. Kreittmayr, Anm. 1 b zu Bayr. L.R. II. 9. 6 stellt die Pfandbestellung der Bürgschaftsleistung gleich.

[105] Elvers, Servituten 567. Glück, Comment. IX. 492. Erk. Lübeck 31/8 49 Sf. XV. 105; Rostock 17/9 66 Sf. XXIV. 301. Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 6. „Ob in Ermanglung anderer Caution das bloße Jurament auf Seiten des Usufructuarii hinlänglich seie, muß theils aus Beschaffenheit der Person theils aus anderen Umständen ermessen werden.“

[106] Glück, Comment. IX. 492, 20. Seuffert, Pandekten § 169, 15. Bayr. L.R. II. 9. 6. Nr. 4 und 5. „Vor geleisteter Caution ist der Eigenthümer nicht schuldig dem Usufructuario das Gut ausfolgen zu lassen, sondern kann zur Sicherheit begehren, daß man solches verpachte, oder durch einen anderen auf des Fructuarii Kosten verwalten lasse, welchenfalls jedoch diesem letzteren der Pachtschilling und respective die Rechnungsaufnahme samt denen Fructibus des verwalteten Guts gebührt.“

[107] Pr. L.R. I. 21. 19: Eine nicht ausdrücklich vorbedungene Caution ist der Eigenthümer in der Regel von dem Nutzungsberechtigten zu fordern nicht befugt.

eigenmächtiger Verfügung über die Capitalien an denen ein Nießbrauch bestellt ist [108], wenn er für die Sicherheit solcher Capitalien haften will [109], oder wenn Besorgniß eines Mißbrauchs oder einer Vernachlässigung von seiner Seite vorliegt [110].

III. Stellung des Eigenthümers. Der Eigenthümer ist durch das Recht des Nießbrauchers insoweit beschränkt, als er einseitig keine Verfügungen vornehmen darf, welche das Nießbrauchsrecht beeinträchtigen würden [111]. Er ist daher verbunden dem Nießbraucher die Benützung der Sache zu gestatten [112], und darf einseitig keine Veränderungen an der Sache vornehmen [113]. Dagegen kann er die Sache unter Vorbehalt des Nießbrauchs veräußern [114], verpfänden [115], und mit anderen den Nießbrauch nicht beeinträchtigenden dinglichen Lasten beschweren [116]. Der Eigenthümer kann schon während der Dauer des Nießbrauchs die zur Erhaltung seines Eigenthums erforderlichen Veranstaltungen treffen, namentlich Beseitigung willkürlicher Veränderungen des Nießbrauchers und Entschädigung wegen ordnungswidrigen Ge-

---

[108] Pr. L.R. I. 21. 103.

[109] Pr. L.R. I. 21. 108.

[110] Pr. L.R. I. 21. 20.

[111] In Verbindung mit dem Nutznießer ist er zu allen Dispositionen berechtigt. Nach l. 15. § 7 und l. 16. D. 7. 1 darf er Dienstbarkeiten, welche den Nießbrauch beeinträchtigen, nicht einmal mit Einwilligung des Nießbrauchers auflegen, was aber von den meisten für nicht mehr praktisch gehalten wird. Elvers, Servituten 258. Windscheid § 203, 18. Arndts § 179. Anm. 5. Kreittmayr, Anm. 2 b zu L.R. II. 7. 4: „Ja es will sogar das römische Recht solches dem Proprietario nicht einmal mit Einwilligung des Usufructuarii gestatten ... welches jedoch eine bloße römische Caprice und Formal-Thorheit ist, mithin auch in Praxi nicht beobachtet wird." Für noch praktisch halten dieses Verbot Vangerow § 338, Anm. 2, 3, Böcking, Pandekten § 164, 22, Schönemann, Servituten § 37, 4, Keller, Pandekten § 172, 17.

[112] l. 15. § 6. D. 7. 1. Proprietatis dominus non debebit impedire fructuarium ita utentem, ne deteriorem eius conditionem faciat. Bayr. L.R. II. 9. 7. Nr. 1.

[113] l. 7. § 1. l. 13. § 7. D. 7. 1. Pr. L.R. I. 21. 99 und 100. Glück, Comment. IX. 261.

[114] Glück, Comment. IX. 260, 40. Bayr. L.R. II. 9. 7. Nr. 2. „Kann er zwar das Eigenthum auch ohne Wissen oder Willen des Usufructuarii jedoch niemal anderst als salvo jure ususfructus verpfänden oder veräußern."

[115] l. 2. Cod. 3. 33. Bayr. L.R. II. 9. 7. Nr. 2. vergl. unten § 188, 44.

[116] Windscheid § 203, 17.

brauchs verlangen [117], sowie bei fortwährenden Mißbrauch Zurückgabe der Sache beantragen [118].

§ 160.

II. Das Gebrauchsrecht [1].

Das römische Recht unterscheidet von dem ususfructus den usus, das Gebrauchsrecht [2], über dessen Inhalt die Meinungen getheilt sind. Die ältere Ansicht ging dahin, der usus unterscheide sich von dem usufructus nur im Maaß, indem bei dem usus die Berechtigung die gleiche wie bei dem usufructus und nur auf das persönliche Bedürfniß des Berechtigten beschränkt sei [3], während nach einer anderen Auffassung der Usus nur das Gebrauchsrecht ohne das Recht des Fruchtgenusses giebt und das letztere nur in besonderen Ausnahmsfällen angesprochen werden kann [4], und eine dritte Meinung den Unterschied in dem Fruchterwerb sucht [5]. Dagegen hat Puchta die Ansicht aufgestellt

---

[117] Windscheid § 204, 5. Erk. Celle 14/3 62 Sf. X. 234. Pr. L.R. I. 21. 28. Förster, P. P.R. § 186, 61.

[118] l. 1. § 5. D. 7. 9. Windscheid § 204, 5 a. Ueber die Frage ob der Nießbrauch dadurch verloren gehe s. oben § 154, 49 f. Das Preußische Recht ordnet gerichtliche Sequestration an. Pr. L.R. I. 21. 140, Förster, P. P.R. § 186, 129.

[1] Vgl. Scheurl, de usus et fructus discrimine Erlangen 1846. Bechmann, über den Inhalt des usus Erlangen 1861.

[2] Das Institut ist so gut wie ganz aus dem Rechtsleben verschwunden, wie dieß schon Kreittmayr constatirt Anm. i zu Bayr. L.R. II. 9. 11. „Ueberhaupt kommt servitus usus heut zu Tag weniger vor. Solemus enim amicis aut omnino non aut large satis prospicere.« Mit Recht ist es daher in der Preußischen Gesetzgebung als eignes Rechtsinstitut beseitigt. Am häufigsten wird es noch als irreguläre Personalservitut Anwendung finden vgl. oben § 156, 7.

[3] S. die bei Scheurl, de usus et fructus discrimine p. 5. N. 10—12 angeführten.

[4] Diese zuerst von Thibaud, Versuche I. 3 aufgestellte Ansicht ist jetzt die am meisten verbreitete. Windscheid § 207, 3—6, Arndts § 182, 2, Seuffert, Pandekten § 171.

[5] Hiernach gewährt der usus nicht Eigenthumserwerb an den Früchten, sondern nur das Recht der Verzehrung Bechmann über den usus § 62. Eine andere Ansicht läßt dem Usuar die Beziehung nur derjenigen Früchte, welche sofort während der Dauer des Usus verbraucht werden Scheurl Z. f. G. R.W. XV. 34, Elvers, Servituten 603.

der Usus enthalte die Befugniß der Naturalbenützung mithin ohne das Recht eines Umsatzes der Nutzung durch Ueberlassung der Ausübung an einen andern für die Person des Berechtigten mit Beschränkung auf seine Bedürfnisse [6]. Im Bayrischen [7] und Preußischen Landrecht [8] ist die erste der oben aufgeführten Theorieen gesetzlich anerkannt.

Auf den usus werden die für den usufructus geltenden Grundsätze analog angewendet. Der Usuar hat daher Anspruch auf Detention der Sache [9], auf den Gebrauch derselben [10] und auf Beziehung des Theils der natürlichen Früchte der seinem persönlichen Bedürfniß entspricht [11]. Dagegen hat er im Verhältniß zu seinem Fruchtbezug zum Unterhalt der Sache und zur Tragung der Lasten zu concurriren [12]. Der Usuar hat die Verpflichtung nach beendigtem Gebrauchsrecht die Sache in dem Stand zu restituiren, in welchem er sie erhalten hat [13], zu welchem Behuf ihm die Pflicht der Cautionsleistung obliegt [14]. Der

---

[6] Puchta, Pandekten § 180, 6.

[7] Bayr. L.R. II. 9. 11. „Wann die Nutznießung fremden Guts nur soweit als die tägliche Nothdurft mit sich bringt eingeschränkt ist, so heißt es servitus usus, und wird 2o die Nothdurft nach der Person des Usuarii seinem Stand, Familie, Haushaltung und dergleichen Umständen, nicht aber nach seinem anderen Vermögen ermessen, anerwogen auch ein Bemittelter, oder der schon von anderen dergleichen usum hat, in kraft dieser Servitut soviel fordern mag als seinem Stand nach die tägliche Nothdurft erheischt ..... Desgleichen kann er auch 5o nicht an andere überlassen werden ausser soweit die Sach andergestallt nicht als auf solche Weis zu gebrauchen ist."

[8] Pr. L.R. I. 21. 185. „Ist jemanden der Nießbrauch einer Sache bloß nach seinem Bedürfniß verliehen, so finden die Vorschriften des 19. Titels § 22. 24—28 Anwendung." Es ist zweifellos, daß dieser Bestimmung die im vorigen Jahrhundert üblichen Lehre vom usus zu Grund liegt, und daß das A. L.R. das Gebrauchsrecht in dieser Form gestalten wollte, während ein anderes nicht anerkannt ist. Koch, Pr.R. § 328. Förster, P. P.R. § 186, 9.

[9] Puchta, Pandekten § 180 h. Seuffert, Pandekten § 171, 2.

[10] l. 2. pr. D. 7. 8. Windscheid § 207, 1.

[11] l. 12. pr. und l. 22. pr. D. 7. 8. Seuffert, Pandekten § 151, 5. Puchta, Pandekten § 180, 6. Bayr. L.R. II. 9. 11. Nr. 2.

[12] l. 18. D. 7. 8. Elvers, Servituten 623. Glück, Comment. IX. 453. Windscheid § 207, 10. Seuffert, Pandekten § 171, 9. Kreittmayr, Anm. e zu L.R. II. 9. 11: „neben dem tragt er a proportion des Gebrauchs und Nutzens auch die davon abhangende Onera.«

[13] Puchta, Pandekten § 180 m.

[14] l. 5. § 1. D. 7. 9. Elvers, Servituten 621. Windscheid § 207, 9. Kreittmayr, Anm. e zu L.R. II. 9. 11.

Eigenthümer unterliegt dem Usuar gegenüber denselben Beschränkungen wie gegenüber dem Usufruktuar nur rücksichtlich derjenigen Seiten des Eigenthumsrechts in denen der Usus besteht [15]. Nur darin unterscheidet sich der usus von dem usus fructus, daß er untheilbar ist [16], und daß die Ausübung nicht auf einen anderen übertragen werden kann [17].

§ 161.

III. Das Wohnungsrecht [1].

Das römische Recht hat das Wohnungsrecht als besondere Personalservitut ausgebildet und durch Zusammenstellung mit dem usus [2] als Art desselben erklärt. In Bayern ist in dem Gebiet des gemeinen Rechts [3] durch Gesetze [4] und die Uebung [5] das Wohnungsrecht als

---

[15] l. 15. § 1. D. 7. 8. Glück, Comment. IX. 452, 22, Puchta, Pandekten § 180, k.

[16] l. 19. D. 7. 8. Windscheid § 207, 12. Seuffert, Pandekten § 171, 7. Kreittmayr Anm. f. zu L.R. II. 9. 11.

[17] § 1. J. 2. 5. Windscheid § 207, 2. Bayr. L.R. II. 9. 11. Nr. 5. „Desgleichen kann er auch nicht an andere überlassen werden außer soweit die Sache andergestalt nicht als auf solche Weise zu gebrauchen ist.“ Derselbe Grundsatz gilt nach Pr. L.R. I. 19. 22 für den Nießbrauch zur Nothdurft Förster, P. P.R. § 185, 48.

[1] Vgl. Thibaud, Abhandlungen Heidelberg 1814 S. 7—36. Klooß, die Lehre von der habitario Rostock 1839. Elvers, Servituten § 60. Windscheid § 208. Keller, Pandekten § 176.

[2] Inst. 2. 5 und D. 7. 8 de usu et habitatione.

[3] Das Preußische Recht kennt keine besondere Dienstbarkeit des Wohnungsrechts, Koch, Pr.R. § 328, 10, Förster, P. P.R. § 186, 1; die betreffenden Verhältnisse werden unter den Begriff des „Gebrauchs nach Nothdurft“ (usus) subsumirt.

[4] Bayr. L.R. II. 9. 12. „Unter jetztgedachter Servitute usus und habitationis ist kein anderer Unterschied, als daß man sich kraft der letzteren eines fremden Haus für sich und sein Domestiken zur bloßer Standsmäßiger Wohnung jedoch nicht weiter gebrauchen darf, und hindert hieran nicht, wenn man bereits selbst mit einem eigenthümlichen Haus versehen ist.“ Regensburg W.G.O. X. 1. . . . Persönliche Dienstbarkeiten als da seind wenn man von etwas die völlige Nutznießung oder den bloßen Gebrauch oder auch die Wohnung hat . . Rettenberg L.O. § 15. „Und ob unnder gemelten Geschwistergiten ein oder mer unverheurate Tochter wer, die sich erlich wie sich gepurt hielt, unnd bey oder in dem Haußgesäß irer Voreltern als Vatter unnd Mutter ir Wonung zehaben begerte, so sollen sy bey dem Bruder, inhaber desselbigen ir Wonung gehandthapt

eigne Personalservitut [6] anerkannt, und es ist daher nicht gerechtfertigt, wenn einzelne Schriftsteller eine Beseitigung des Rechtsinstituts durch die neuere Rechtsentwicklung behaupten [7]. Nach den Vorschriften des gemeinen Rechts trifft das Wohnungsrecht insoferne mit dem Gebrauchsrecht [8] zusammen als es seinem Umfang nach zunächst durch das persönliche Bedürfniß des Berechtigten bestimmt ist [9]. Dagegen unterscheidet es sich von diesem dadurch, daß das Wohnungsrecht durch Nichtgebrauch nicht verloren geht [10], und daß der Berechtigte sein Recht

werden, Wann sy sich aber verheurat, oder sonst unerlich handelte, soll und mag sy wie vorsteet hindan gewisen werden.

[5] Das Hypothekengesetz führt das Wohnungsrecht nicht speziell auf, ebensowenig ist es in der Instruktion zum H. G. erwähnt s. Instruktion § 22 und § 28, 5; allein es ist bekannt, daß es häufig vertragsmäßig bestellt und als persönliche Dienstbarkeit behandelt wird s. unten Note 15 und 16.

[6] S. unten Note 15.

[7] Dieser Ansicht sind Puchta § 179, Arndts § 182, 5, Heimbach, R.L. IX. 979, 93 f. Dagegen Seuffert, Pandekten § 172, Glück, Comment. IX. 455 f.

[8] Unter den römischen Juristen war die Frage, ob das Wohnungsrecht mit dem usus fructus oder usus identisch oder eine eigne Servitut sei lange bestritten s. Glück, Comment. IX. 458. Die Gleichstellung mit dem usus soweit nicht gesetzlich Abweichungen begründet sind ergiebt sich schon aus der Zusammenstellung beider Servituten in den Quellen, und ist ausgesprochen l. 10. D. 7. 8, vgl. Elvers, Servituten 626; Bayr. L.R. II. 9. 12 ist dieß ausdrücklich anerkannt.

[9] l. 2—4. D. 7. 8. Höpfner, Comment. § 387. Seuffert, Pandekten § 172, 8. Erk. Jena 30/12 41 Sf. VIII. 235 spricht aus, daß das nicht näher bestimmte Wohnungsrecht Anspruch auf die für den Berechtigten und seine Familie nöthigen Räumlichkeiten gewähre. In der Regel ist jedoch das Wohnungsrecht bestimmt, entweder ein ganzes Haus oder einzelne angegebene Räume desselben umfassend. Nach der Auffassung des Preußischen nnd Bayrischen Landrechts oben Note 3 und 4, welche das Wohnungsrecht mit dem Gebrauchsrecht gleichstellen, ist die Beschränkung auf das persönliche Bedürfniß ohnehin zweifellos. Ausdrücklich hebt dieß hervor Kreittmayr, Anm. d zu Bayr. L.R. II. 9. 12. „Daraus ergiebt sich von selbst, daß man auch hier, wie in servitute usus, auf die Standgebühr zu sehen, folglich die Wohnung soweit zu gestatten habe, als es der Stand des Einwohners, und die hiernach abgemessene Nothdurft für ihn und die Seinige mit sich bringt" . . .

[10] l. 10. pr. D. 7. 8. Thibaud, Abhandlungen 20. Glück, Comment. IX. 463. Seuffert, Pandekten § 180, 1. Windscheid § 208, 4 der die fortdauernde Anwendbarkeit dieser Bestimmung anerkennt, die mir für das gemeine Recht auch zweifellos scheint. Es gilt dieß jedoch weder nach Preußischem Landrecht vgl. oben § 154, 25 noch nach Bayrischem Landrecht Kreittmayr, Anm. b und c zu Bayr. L.R. II. 9. 12: Der Unterschied zwischen der Servitus usus et habitationis bestehet de jure communi Erstlich darin, daß man vermög der letzteren

auch an einen anderen überlassen kann [11]. Im übrigen sind die für das Gebrauchsrecht geltenden Grundsätze analog anwendbar [12]; daher hat der Berechtigte nach dem Verhältniß seines Benutzungsrechts zum Unterhalt der Sache beizutragen [13], und hat Caution zu leisten [14]. In unserer Praxis ist das Wohnungsrecht als persönliche Dienstbarkeit anerkannt [15], und es wird dasselbe wie andere Personalservituten zur Wahrung des Vorrangs gegenüber den eingetragenen Hypotheken in das Hypothekenbuch eingeschrieben [16].

Abschnitt 2.

Die Grunddienstbarkeiten.

§ 162.

Allgemeine Grundsätze.

Grunddienstbarkeiten sind diejenigen Dienstbarkeiten, welche einem Grundstück (praedium serviens) [1] zu Gunsten eines anderen Grund-

---

die Wohnung nicht nur selbst gebrauchen sondern solche auch anderen überlassen kann, welches hingegen vermög der ersten nicht weiter erlaubt ist, als daß Usuarius höchstens einen Gast oder Inquilinum zu sich in das Haus nehmen darf .... Zweitens erlöscht auch gegenwärtige Servitut per non usum aut mortem civilem nicht so, wie usus et ususfructus ..... Da nun aber dieser doppelter Unterschied auf bloßen römischen Spitzfindigkeiten beruhet, so gehet unser Codex billich darüber hinaus, und erkennt keine andere Differenz, als daß in servitute habitationis der Gebrauch lediglich auf die Wohnung eingeschränkt ist."

[11] l. 13. Cod. 3. 33. Et si quidem habitationem quis reliquerit... et dare legatario et locationis licentiam ... Thibaud, Abhandlungen 22. Seuffert, Pandekten § 172, 4. Glück, Comment. IX. 160. Für nicht mehr praktisch hält dieß Windscheid § 208, 3 und ebenso gilt es nicht nach Bayrischem Recht Kreittmayr Anm. c zu Bayr. L.R. II. 9. 12 oben Note 10 und nach Pr. L.R. I. 19. 22 vgl. oben § 160, 17.

[12] Windscheid § 208, 2 vgl. oben Note 8. Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß im Bayrischen und Preußischen Landrecht. Vgl. oben Note 3 und 4.

[13] Glück, Comment. IX. 469, 62, vgl. oben § 160, 12.

[14] l. 5. § 3. D. 7. 9. Et si habitatio vel operae servorum ... relictae fuerint stipulatio locum habebit. Vgl. oben § 160, 14.

[15] Erk. 1/7 69 Bl. XXXVI. 21; 9/8 70 Bl. XXXVI. 21 und Z. A.B. X. 346.

[16] Vgl. Bl. XXV. 385 und XXXII. 241, Erk. 9/8 70 Bl. XXXVI. 20, dann oben § 156, 12.

[1] l. 12. D. 8. 4. l. 20. § 1. D. 41. 1. Nach bayrischem Recht können Grunddienstbarkeiten auch am Wasserlauf gegeben sein. Vgl. unten § 165.

stücks (praedium dominans) [2] aufgelegt sind. Das berechtigte Subjekt ist der jedesmalige Eigenthümer des herrschenden Grundstücks [3]. Sie erscheinen für das herrschende Grundstück als Erweiterung des Eigenthums [4] und daher als eine Werthserhöhung [5], für das dienende Grundstück als eine Beschränkung des Eigenthums und daher als eine Werthsminderung [6]. Die Zahl der Grunddienstbarkeiten ist nicht bestimmt [7]. Das römische Recht unterscheidet die Grunddienstbarkeiten in Haus- und Felddienstbarkeiten (Servitutes urbanae und rusticae) [8], ohne den damit verbundenen Begriff fest zu bestimmen [9]. Es sind daher über diesen verschiedene Meinungen geltend gemacht; während die einen die Eigenschaft des dienenden [10] die andere die des herrschen-

---

[2] § 2. J. 2. 3. Ideo autem hae servitutes praediorum appellantur quoniam sine praediis constitui non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici praedii nisi qui habet praedium. Bayr. L.R. II. 7. 1. Nr. 5. Realis oder eine Grunddienstbarkeit wenn man selbe auf fremden Gut von seines daranstoßenden oder in gewissen Maaß benachbarten Guts wegen hergebracht hat, gestalten das letztere in dieser Absicht praedium dominans und das fremde serviens benamset wird. Pr. L.R. I. 22. 12. Kommt dergleichen Befugniß einem Grundstück gegen das andere zu, so wird solches eine Grundgerechtigkeit genannt.

[3] Windscheid § 201, 6. Schönemann, Servituten § 29. Eine andere Ansicht will das Grundstück als Rechtssubjekt personificiren Böcking, Pandekten § 57, 10, Seuffert, Pandekten § 161, 2 a.

[4] l. 5. § 9. D. 39. 1. Windscheid § 209, 2. Arndts § 183 Anm. 1.

[5] l. 86. D. 50. 16. Elvers, Servituten 138. Windscheid § 209, 3. Arndts § 183, Nr. 1.

[6] Die von Gönner, Comment. I. 393 aufgeführten Motive für die Ausschließung der Eintragung der Grunddienstbarkeiten in das Hypothekenbuch sind daher völlig unhaltbar; vgl. unten Note 41.

[7] Elvers, Servituten 134. Windscheid § 210.

[8] l. 1. D. 8. 1. Bayr. L.R. II. 7. 2. Nr. 7. Das Preußische Landrecht hat zwar die Bezeichnung Grundgerechtigkeiten auf Gebäude I. 22. 55 f. aber nicht den Gegensatz der Landservituten, sondern führt diese nur einzeln auf. Förster, P. P.R. § 185, 27.

[9] Vgl. im allgemeinen Windscheid § 210, 2, der von der Ansicht ausgeht, daß sich aus den Quellen ein unzweifelhaftes Resultat nicht ergebe.

[10] Dieß war früher die herrschende Ansicht s. Glück Comment. IX. 22, 59 und Förster, P. P.R. § 185, 20, und ist die des Bayr. L.R. II. 8. 1. „Bei Unterscheidung deren Haus- und Feld-Dienstbarkeiten soll weder auf die Lag und den Ort noch den Zweck und Gebrauch derselben gesehen werden, sondern wenn einer auf des anderen Haus, Stadel, Stallung oder anderen dergleichen Gebäu eine Dienstbarkeit hat, so heißt es eine Hausdienstbarkeit (Servitus ur-

den Grundstücks [11] entscheiden lassen will eine dritte Meinung nur den Inhalt der Dienstbarkeit dabei berücksichtigen [12]. Die Unterscheidung ist jedoch ohne praktischen Werth [13]. Für die Grunddienstbarkeiten gelten folgende gemeinsame Grundsätze:

1. Grunddienstbarkeiten setzen ein herrschendes und dienendes Grundstück voraus; sie können daher nicht für eine Person als berechtigtes Subjekt bestellt werden [14]. Nach römischem Recht ist überdieß erforderlich, daß die Grundstücke benachbart seien [15]. Wenn dieß auch nicht so auszulegen ist, daß das unmittelbare Angrenzen der beiden Grundstücke als nothwendige Voraussetzung erscheint [16], so erhellt doch

---

bana), die auf Grundstücken, Aeckern, Wiesen, Gärten, Holzwachs, Wasser und Weyern hergebrachte Dienstbarkeiten aber werden Felddienstbarkeiten (Servitutes rusticae) genannt."

[11] Dieß ist die jetzt gewöhnliche Meinung Arndts § 184. Anm. 3, Seuffert, Pandekten § 161, 3, Brinz, Pandekten § 170, Keller, Pandekten § 163, 25, Kindervater, die Eintheilung der Servituten in Becker Jahrbuch VI. 119.

[12] Vangerow § 339. Anm. II. Hiernach sind Servitutes rusticae, welche das Recht zu einem facere, servitutes urbanae die das Recht zu einem habere oder prohibere gewähren. Dieser Ansicht schließt sich Förster, P. P.R. § 185, 22 an.

[13] Dieß gilt ohnehin für das Preußische Recht Förster, P. P.R. § 185, 24 aber auch für das gemeine Recht. Das wesentliche Unterscheidungsmerkmal ist nach diesem die Verpfändbarkeit der ländlichen Servituten Cohnfeldt, irreguläre Servituten 87, Kindervater in Becker Jahrb. VI. 126, die nach bayrischem Recht nicht mehr zuläßig ist vgl. unten § 187, 17, und § 197, 21. Dagegen ist überhaupt nicht begründet die Verschiedenheit, welche man zwischen beiden für den Besitz und die Verjährung aufstellte vgl. Kindervater Jahrbuch VI. 131 und 137 und oben § 154, 28. Daher ist auch der von manchen aufgestellte Begriff der in der Bestellung einer Gebäudeservitut bei einem Landgrundstück oder einer Landservitut bei einem städtischen Grundstück bestehenden irregulären Dienstbarkeit für unser Recht nicht anwendbar Förster, P. P.R. § 186, 90, Cohnfeld, die irregulären Servituten 80 f., vgl. oben § 152, 20.

[14] Ist der Inhalt einer Grunddienstbarkeit einer Person als berechtigtem Subjekt gewährt, so entsteht eine s. g. irreguläre Personalservitut vgl. oben § 156, 6.

[15] l. 5. D. 8. 3. Neratius . . . ait nec haustum pecoris nec appulsum nec cretae eximendae calcisque coquendae jus posse in alieno esse, nisi fundum vicinum habeat.

[16] Die gewöhnliche Meinung geht dahin, das räumliche Verhältniß müsse ein solches sein, daß die Ausübung der Servitut auf dem dienenden Grundstück dem herrschenden ein Interesse gewähre Elvers, Servituten 167, Vangerow § 340 Anm. 1, 2, Windscheid § 209, 9, Seuffert, Pandekten § 162, 3, Arndts § 183. Nr. 2.

aus den Quellen, daß das römische Recht auf die Lage größeres Gewicht legte, als dieß nach unserem jetzigen Recht der Fall ist [17]. Soweit nicht die Natur der Servitut ein besonderes Verhältniß nothwendig macht, kommt nach unserem jetzigen Recht auf die Lage nichts an [18].

2. Die Grunddienstbarkeit muß dem Berechtigten als Eigenthümer des Grundstücks Vortheil gewähren [19], und dieser Vortheil darf nicht bloß vorübergehender Natur sein [20]. Als Vortheil erscheint aber nicht

---

[17] Die in l. 5. D. 8. 3 angeführten Beispiele lassen den von dem unseren abweichenden Standpunkt der Römer erkennen. Niemand wird jetzt daran denken, für derartige Dienstbarkeiten die freie Vereinbarung beschränken zu wollen. Ob die weite Entfernung des dienenden Grundstücks das Recht des Kreidegrabens für das herrschende Grundstück werthlos mache wird nach unserer Anschauung nur der Berechtigte zu beurtheilen haben.

[18] Kreittmayr, Anm. 3 c zu L.R. II. 7. 2. „Nach römischen Recht müssen sie ferner entweder gar zusammenstoßen, oder doch wenigstens so nahe gelegen sein, daß man von einem Praedio auf das andere sehen kann, ... diese römische Subtilität aber ist nicht mehr in usu, ... und man nimmt die Nachbarschaft in einer solchen Latitudine, daß hierunter eben nicht die zusammstossend oder noch beisamm liegende Güter allein sondern auch all übrige darunter verstanden werden, welche, ob sie schon weit von einander entfernet seynd, gleichwohl einander nützlich sein können, und nichts dazwischen liegt, was den usum Servitutis verhindern mag, vicinitas enim non ex contiguitate vel continentia sed ex usu et aptitudine hic aestimatur. Vgl. Erk. 24/10 54 Bl. XXI. 228 unten § 166, 34. Gerade bei den wichtigsten und verbreitetsten Servituten, den Weide- und Forstdienstbarkeiten, kommt die Lage der Grundstücke gar nicht in Betracht.

[19] l. 15. pr. D. 8. 1. Quotiens nec hominum nec praediorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet. Elvers, Servituten 138 f. Windscheid § 209, 5. Seuffert, Pandekten § 162, 4. Arndts § 183, 1. Kreittmayr, Anm. c zu L.R. II. 7. Nr. 1. Pr. L.R. I. 22. 25. Förster, P. P.R. § 185, 37. Bestritten ist, ob das Verbot des Betreibens eines bestimmten Gewerbs als Grunddienstbarkeit bestellt werden könne; verneint wird dieß Erk. Celle 12/3 66 Sf. XX. 106, bejaht Erk. Stuttgart 1/4 40 und 24/4 60 Sf. XIX, 15 Note, und Erk. Rostock 6/11 62 Sf. XIX. 15. Für die bejahende Meinung spricht das oben § 125, 29 gesagte.

[20] l. 28. D. 8. 2. Omnes autem servitutes praediorum perpetuas causas habere debent, Elvers, Servituten 151. A. Schmidt in Becker Jahrbuch III. 261, 28. Windscheid § 209, 8. Vangerow § 340, Anm. 1, 3. Arndts § 183, Nr. 6. Seuffert, Pandekten § 162, 16. Förster, P. P.R. § 185, 41. Kreittmayr Anm. c zu L.R. II. 7. 1 erklärt diese Voraussetzung für eine römische Subtilität und für nicht anwendbar in dem heutigen Recht.

nur was die Nutzbarkeit des Grundstücks erhöht, sondern auch was nur zur Annehmlichkeit dient [21].

3. Die Dienstbarkeit kann bestimmt [22] oder unbestimmt sein. Bei unbestimmten Dienstbarkeiten ist das Bedürfniß des herrschenden Grundstücks entscheidend [23], und es darf daher die Ausübung der Servitut nicht zum Vortheil Dritter geschehen [24].

4. Der Berechtigte kann alle Handlungen vornehmen, welche zur Ausübung seiner Servitut erforderlich sind [25], namentlich alle dazu

---

[21] Windscheid § 209, 5. Arndts § 183. Nr. 1. Seuffert, Pandekten § 162, 4. Erk. Dresden 29/6 63 Sf. XVII. 212. Förster, P. P.R. § 185, 39. Kreittmayr, Anm. d zu L.R. II. 7. 1: „Was nur zur Lustbarkeit Recreation und Ergötzung taugt, sahen zwar die Römische Rechtsgelehrte als Erz-Stoici mehr für schädlich als nützlich an, ließen sohin weder im Spazierengehen noch in Früchten und Blumen brocken oder anderen dergleichen Rebus merae voluptatis eine Dienstbarkeit zu, ... gleichwie sie aber selbst keine Engel sondern mit fleischlichen Affekten begabte Menschen wie all andere waren, so milderten sie auch diese Stoische scharfe Lehrart mit der Distinction inter voluptatem et amoenitatem, und machten der letzteren halber einen Absatz . . . . Heut zu Tag wird nicht nur das was eintragt sondern auch was zur Commodität Bequemlichkeit oder bloßen Diversion dient, hierinfalls für nutzbar geachtet, folglich auf obige Römische Rechts-Subtilität gar nicht mehr gesehen." Diese Auffassung ist nicht so unberechtigt, als es auf den ersten Blick scheint. Aussprüche wie in l. 8. pr. D. 8. 1. sind jetzt entschieden nicht mehr maaßgebend. Vgl. Windscheid § 209, 5.

[22] Die Bestimmung kann durch Feststellung einer Quantität getroffen werden, oder auch so, daß der Berechtigte die Dienstbarkeit in ihrem ganzen Umfang mit Ausschließung des Eigenthümers des dienenden Grundstücks ausübt. Anwendungsfälle s. unten § 163, 53, § 165, 6, § 166, 42, § 167, 3.

[23] l. 5. § 1. D. 8. 3. Windscheid § 209, 10. Seuffert, Pandekten § 162, 7. Arndts § 183. Nr. 3. Vangerow § 340, Anm. 1, 1. Erk. Berlin 20/2 51 Sf. V. 142. Vgl. unten § 163, 39. Bei Veränderung in der Bewirthschaftung ist nur der ursprüngliche Bedarf maaßgebend Erk. 12/11 62 Sf. XVII. 215; Cassel 20/3 66 Sf. XX. 16. Vgl. unten § 166, 18 und 43.

[24] l. 6. pr. D. 8. 3. Windscheid § 209, 10. Seuffert, Pandekten § 162, 8. Arndts § 183, 3. Anwendungsfälle s. unten § 163, 42, § 164, 8, § 166, 19 und 46. Indeß ist dieß nur von ungemessenen Dienstbarkeiten zu verstehen, wie dieß von Kreittmayr Anm. 2 c zu L.R. II. 7. 6 hervorgehoben wird.

[25] l. 10. D. 8. 1. Si iter legatum sit, qua nisi opere facto iri non possit, licere fodiendo substruendo iter facere Proculus ait. Vangerow § 340 Anm. 2, 5. Erk. Jena 18/7 56 Sf. XV. 104. Bayr. L.R. II. 7. 6. Nr. 3: Ist der Eigenthümer des praedii dominantis auf eigne Kosten in praedio serviente alles zu thun befugt, was zur Ausübung seiner Gerechtsame vonnöthen ist.

nothwendigen Veranstaltungen auf eigne Kosten treffen [26]. Doch ist er verpflichtet bei Ausübung der Dienstbarkeit mit schonender Rücksicht für den Eigenthümer der dienenden Sache zu verfahren (civiliter uti), [27] und den dabei sich ergebenden Schaden zu ersetzen [28]. Auch kann er zu Gegenleistungen verpflichtet sein, ohne daß dadurch die rechtliche Natur der Dienstbarkeit verändert wird [29].

5. Der Eigenthümer muß zwar alle Verfügungen unterlassen, durch welche die Ausübung der Servitut beeinträchtigt wird [30], allein er darf nicht nur alle Verfügungen treffen, welche die Ausübung der Dienstbarkeit nicht hindern [31], sondern er kann auch, wenn nicht das

---

[26] l. 11. pr. D. 8. 5. Refectionis gratia accedendi ad ea loca quae non serviant facultas tributa est his quibus servitus debetur, qua tamen accedere eis sit necesse. Kreittmayr, Anm. 2 a zu L.R. II. 7. 6. Erk. 8/4 63 Bl. XXVIII. 314 ist ausgesprochen, daß die Dienstbarkeit, das aus einem Weiher ablaufende Wasser zum Betrieb eines Polirwerkes zu benützen, dem Berechtigten die Befugniß gebe den Weiher auszuräumen und den Schlamm auf dem Weiherdamm auszubreiten. Ebenso Erk. Dresden 1845 und 26/10 60 Sf. II. 145, XVI. 14. Vgl. auch Erk. Dresden 1850 Sf. IV. 12 und unten § 164, 9.

[27] l. 9. D. 8. 1. Windscheid § 209, 11. Seuffert, Pandekten § 162, 9. Arndts § 183. Nr. 4. Kreittmayr, Anm. 2 b zu L.R. II. 7. 6. Pr. L.R. I. 19. 17 und I. 22. 29 und 47. Förster, P. P.R. § 185, 78. Erk. 12/2 41 Bl. VII. 297 spricht aus, daß bei dem Vorbehalt der Durchfahrt von Seite des Eigenthümers bei Veräußerung des benachbarten Grundstücks der jetzt Servitutberechtigte für Ausübung der Dienstbarkeit nicht den Maaßstab des Gebrauchs anlegen könne, den er bisher als Eigenthümer davon machte. Es ergiebt sich hieraus auch die Beschränkung auf einen bestimmten Theil des Grundstücks, wenn dieser zur Ausübung der Servitut hinreicht Pr. L.R. I. 22. 29. Erk. Berlin 25/4 54 Sf. X. 15. Vgl. unten § 164, 6.

[28] Vgl. unten § 163, 45. Er hat daher auch die Verpflichtung die nöthigen Reparaturen vorzunehmen. Erk. Dresden 1851 Sf. VI. 7; 26/10 60 Sf. XVI. 14.

[29] Vgl. unten § 163, 50, § 166, 29 und 35. Ueber die rechtliche Natur dieser Gegenleistungen vgl. Erk. Bez.Ger. Augsburg 16/11 68 bei Kerstorff vier Erkenntnisse 27.

[30] l. 13. § 1. D. 8. 3. l. 9. pr. D. 8. 5. Seuffert, Pandekten § 162, 12. Arndts § 183. Nr. 5. Bayr. L.R. II. 7. 6. Nr. 5. „Darf der Eigenthümer auf seinem Grund nichts bauen oder sonst vornehmen, wodurch dem anderen sein Dienstbarkeitsrecht zum Theil oder ganz benommen geschmälert oder erschwert wird, was er aber zu seinen Nutzen hierauf bauet oder macht, ohne daß es dem anderen Schaden thuet, sondern die Dienstbarkeit ohngeachtet dessen der Nothdurft nach gebraucht werden mag, das kann und soll man ihm. auch nicht verwehren." Vgl. unten § 166, 22.

[31] l. 15. D. 8. 4. Elvers, Servituten 70. Windscheid § 209, 12 und 14.

Gegentheil bestimmt ist, den Inhalt der Servitut in Concurrenz mit dem Berechtigten ausüben [32], jedoch nur soweit gleichzeitige Ausübung möglich ist [33]. Zur Instandhaltung des dienenden Gutes zum Zweck der Dienstbarkeitsausübung ist er nur in Folge besonderer Festsetzung verpflichtet [34].

6. Die Grunddienstbarkeit ist in der Art unzertrennlich mit dem Grundstück verbunden, daß sie ohne dieses nicht veräußert [35] und daß auch die Ausübung nicht von dem herrschenden Grundstück getrennt werden kann [36]. Sie geht daher mit dem veräußerten Grundstück von selbst auf jeden neuen Erwerber über [37].

Arndts § 183, 5. Bayr. L.R. II. 7. 6. Nr. 5 oben Note 30. Erk. 28/4 46 Bl. XVIII. 29; Jena 23/7 29 Sf. IV. 14; Halle 18/12 57 Sf. XII. 129; Lübeck 14/4 57 Sf. XIV. 210.

[32] Windscheid § 209, 13. Seuffert, Pandekten § 162, 14 und 15. Vgl. unten § 163, 53 und § 166, 42.

[33] Manche nehmen an, daß die Concurrenz immer zu gleichen Theilen stattfinde s. Seuffert, Pandekten § 162, 16; s. dagegen Puchta, Pandekten § 178 n, Vangerow § 341. Anm. 2, 4 und Kreittmayr Anm. 3 c zu L.R. II. 7. 6. „Hieraus resolvirt sich die Quästion von selbst, ob und wie weit sich Proprietarius des Mitgebrauchs in Praedio serviente anmaßen oder solchen auch anderen überlassen darf, nemlich soweit als es Domino Praedii dominantis an seinem Servitutsrecht keinen Schaden und Abbruch thut, sondern demungeachtet für seinen nothdürftigen Gebrauch annoch genug übrig bleibt, ... wann gleich keine Reservation deswegen geschehen, oder der Mitgebrauch die längste Zeit unterlassen worden ist, ... ja es wollen sogar die Autores auf dem Fall, wann Praedium serviens für beide nicht erklecklich ist, den Proprietarium wo nicht präferiren doch wenigst gleich halten, ... womit jedoch unser Codex weder hier Nr. 5 noch Cap. seq. 8. § 13. Nr. 5 einstimmig ist, sondern Proprietarium vel Dominum Praedii servientis andergestalt nicht als soweit es ohne Abbruch und Schmälerung der Dienstbarkeit geschehen kann coadmittirt." Vgl. unten § 163, 54.

[34] Nach römischem Recht ist dieß nur bei der Servitus oneris ferendi der Fall vgl. unten § 168, 48; nach dem jetzt geltenden gemeinen Recht kann es indeß auch bei anderen Dienstbarkeiten vorkommen. Holzschuher, Theorie § 111, 12; Erk. Rostock 10/1 41 Sf. VII. 8; Dresden 11/12 62 Sf. XVIII. 15.

[35] Windscheid § 209, 1. Seuffert, Pandekten § 162, 2. Bayr. L.R. II. 7. 6. 1. Nr. 1. „Erwachset hieraus ein jus reale, welches sowohl auf dem Praedio dominante als serviente dergestalt haftet, daß es mit denen Gütern und deren Anwachs sowohl active als passive auf jeden Innhaber mitfortgehet." Es wird dieß auch nach Preußischem Recht angenommen Förster, P. P.R. § 185, 60.

[36] l. 24. D. 8. 3. l. 44. D. 19. 2. Windscheid § 209, 15. Seuffert,

7. Die Grunddienstbarkeiten sind untheilbar; sie können theilweise weder erworben noch verloren werden [38]. Miteigenthümer können eine Grunddienstbarkeit nur gemeinsam auflegen und erwerben [39]. Bei Theilung des herrschenden oder dienenden Grundstücks bleibt die Dienstbarkeit auf jedem Theil haften [40].

8. Nach bayrischem Recht werden Grunddienstbarkeiten nicht in das Hypothekenbuch eingetragen [41].

§ 163.

I. Das Hut- und Weiderecht [1].

Das römische Recht hat nur wenige Bestimmungen über das Weiderecht, woraus sich entnehmen läßt, daß dieser Dienstbarkeit in der römischen Landwirthschaft keine große Bedeutung zukam [2]. Dagegen war sie im deutschen Recht seit dem sechzehnten Jahrhundert sehr aus-

---

Pandekten § 162, 2. Kreittmayr, Anm. 2 c zu Bayr. L.R. II. 7. 6. Die Servitut kann daher nur mit dem Grundstück verpachtet werden l. 44. D. 19. 2, Keller, Pandekten § 163. Nr. 4, Holzschuher, Theorie § 111. Nr. 4, Erk. Berlin 16/2 60 Sf. XIV. 12. Vgl. unten § 163, 41.

[37] l. 36. D. 8. 3. l. 20. § 1. D. 43. 1. Vangerow § 340, Anm. 2, 2. Bayr. L.R. II. 7. 6. Nr. 1.

[38] l. 17. D. 8. 1. Windscheid 209, 16 und 17. Vangerow § 340, Anm. 2. Seuffert, Pandekten § 162, 18. Bayr. L.R. II. 7. 6. Nr. 7. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Förster, P. P.R. § 185, 72.

[39] Windscheid § 212, 3 und 8. Vangerow § 340, Anm. 2, 1 a.

[40] l. 23. § 3. l. 25. D. 8. 3. Windscheid § 209, 19. Seuffert, Pandekten § 162, 20. Vangerow § 340, Anm. 2. 1 d. Bayr. L.R. II. 7. 6. Nr. 2. Erk. 3/5 62 Bl. XXVII. 331. Förster, P. P.R. § 185, 73.

[41] H. G. § 22, 5: „Dagegen bedürfen Realdienstbarkeiten dieses Eintrags nicht." Vgl. Bl. XXXII. 129 und unten § 183, 21 und § 185, 4. Gönner, Comment. I. 262 und 393 führt als Grund dieser Bestimmung an, daß die Realddienstbarkeiten oft unbekannt seien, und auf die Realsicherheit selten einen Einfluß hätten, weil sie gewöhnlich den Nutzungsertrag nicht so schmälerten, daß dadurch die Sicherheit der Gläubiger merklich vermindert werde; s. dagegen oben Note 6. Ueber irreguläre Personalservituten vgl. oben § 156, 12.

[1] Vgl. Strampffer vom Hutrecht Erlangen 1798. Münter, Weiderecht Hannover 1804. Seuffert, Beitrag zur Lehre vom Weiderecht in Abhandlungen 1837. 1—48. Eichhorn, Pr.R. § 179 und 180. Mittermair, Pr.R. § 168. Beseler, P.R. § 193. Förster, P. P.R. § 187.

[2] Elvers, Servituten 414. Windscheid § 211, 10.

gebildet [3], und ist auch in dem jetzt geltenden Recht erhalten. Auch in den bayrischen Statuten wurde diese Servitut näher bestimmt [4], und war häufig Gegenstand der Gesetzgebung [5]. Zuletzt ist durch das Gesetz über die Ausübung und Ablösung des Weiderechts auf fremdem Grund und Boden vom 28. Mai 1852 [6] das Rechtsverhältniß der bereits bestehenden Servituten zwar in der Hauptsache erhalten, jedoch nicht nur die Zuläßigkeit der einseitigen Ablösung ausgesprochen, sondern auch die Bestellung neuer Weiderechte als Dienstbarkeit untersagt [7].

Das Weiderecht kann auch als Personalservitut vorkommen, indem es als sogenannte irreguläre Servitut [8] einem einzelnen oder einer Corporation für sich also ohne Beziehung auf ein herrschendes Grundstück eingeräumt wird [9]; in der Regel jedoch ist sie Grunddienstbarkeit. Die Weidegerechtigkeit ist entweder einseitig oder gegenseitig (Koppelhut) [10]. Zu der letzteren gehört nicht das Weiderecht, welches einer Mehrheit von Berechtigten auf dem Grundstück eines Dritten zusteht [11]. Ebensowenig ist hieher das Recht der Mithut zu rechnen,

---

[3] Im Mittelalter war sie nicht bekannt, da hier die Einrichtung der Markgenossenschaften entgegenstand.

[4] Ansbach V. 25/6 1767 und 7/17 1779 Arnold II. 129 und 144; Hohenlohe L.R. III. 19 Arnold II. 184; Nürnberg Dekr. 28/2 1710 Sammlung 489; Weissenburg St. 1739 VI. Arnold II. 721; Fulda V. 5/3 1767 und 1/4 1771 Weber III. 1001; Bayr. L.R. II. 8. 13 und 14; Pr. L.R. I. 22. 80—145.

[5] Ueber die bayrischen Kulturmandate namentlich die von 1762, 1790 und 1808 vgl. Pözl, Comment. 381—387.

[6] in Dollmann G. G. I. 1. 379 mit Commentar von Pözl.

[7] Weidegesetz Art. 34: Der Eigenthümer eines Grundstücks darf fernerhin kein Weiderecht als Dienstbarkeit bestellen und ebensowenig bei Veräußerung von Grundstücken ein Weiderecht vorbehalten.

[8] Vgl. Windscheid § 202, 2 und oben § 156, 6.

[9] Seuffert, Pandekten § 165, 10; Mittermair, Pr.R. § 168, 3; Arnold, Erörterungen 570, 1; Erk. 27/12 44 Bl. VIII. 144; 23/5 45 Bl. XIII. 159. Es findet dieß häufig Anwendung bei den einer Gemeinde zustehenden Weiderechten; dagegen wird das früher für die Gutsherrschaft begründete Weiderecht, das von manchen gleichfalls als Personalservitut angesehen wird, in der Regel die Natur der Prädialservitut haben, da die Gutsherrlichkeit regelmäßig nicht als persönliches Recht sondern als Attribut eines Gütercomplexes vorkam.

[10] Vgl. Mittermair, Pr.R. § 169. Eichhorn, Pr.R. § 179. II. Beseler, Pr.R. § 193. III.

[11] Pr. L.R. I. 22. 133. 134. Man bezeichnet dieß als jus compascui Eichhorn, Pr.R. § 179. IV, Förster, P. P.R. § 187, 128, Koch, Pr.R. § 345,

welches regelmäßig dem Eigenthümer des dienenden Grundstücks zukömmt [12]. Als Koppelhut erscheint vielmehr nur das Verhältniß wo mehrere Eigenthümer ein gegenseitiges Weiderecht auf ihren Grundstücken haben [13], und zwar entweder in der Art, daß eine Gemeinschaft von Grundeigenthümern das Weiderecht auf einem und demselben den Grundbesitz jedes einzelnen Theilnehmers umfassenden Inbegriff von Grundstücken auszuüben hat, wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß jedem Betheiligten die Mithut auf seinen eigenen Grundstücken zustehe, da, wo dieß nicht der Fall ist, nur zwei einseitige Weiderechte vorliegen; oder so, daß die Gemeinschaft aus den Mitgliedern einer Gemeinde und die Weidefläche aus den in der Markung der Gemeinde liegenden Privatgrundstücken besteht [14]. Die Koppelhut kann auch als bloßes precarium vorkommen [15]; wo sie die Bedeutung einer Dienstbarkeit hat,

---

26, der Sprachgebrauch ist aber nicht bestimmt; so versteht Mittermair, Pr.R. § 169, 2 darunter die eigentliche Koppelhut. Das Weidegesetz rechnet dieses Verhältniß zu den einseitigen Weiderechten Pözl, Comment. 396. Unter diesen Gesichtspunkt fällt auch das Recht der Gemeindeglieder zur Ausübung der Weide auf Gemeindegrundstücken, das man speciell als jus compasculationis bezeichnet Eichhorn, Pr.R. § 179. III; Beseler, Pr.R. § 193, 10. Das Bayr. L.R. II. 8. 14 führt nur diesen Fall als jus compascui, Koppelhut, auf; das Weidegesetz schließt den letzteren Fall von seinen Bestimmungen aus, indem es die betreffende Berechtigung nicht als Weiderecht an fremdem Grund und Boden auffaßt Pözl, Comment. 396.

[12] Vgl. unten Note 53 f. Man bezeichnet dieß als jus compascendi. Es ist indessen nicht gerechtfertigt das Recht der Mithut zur Koppelhut zu rechnen s. Beseler, Pr.R. § 193, 11.

[13] Man bezeichnet dieß Verhältniß als jus compasculationis reciprocum Eichhorn P.R. § 187, 126. Glück, Comment. X. 184 und Mittermair Pr.R. § 169, 2 nennen es Servitus compascui und Kreittmayr, Anm. 1 e zu L.R. II. 8. 14 mutua servitus.

[14] Motive zum Weidegesetz Abschnitt III. bei Pözl, Comment. 397, vgl. Erk. 27/2 46 Bl. XV. 122. In dem letzteren Fall ist das Mithutrecht allen Theilnehmern von selbst gegeben. Freilich setzt dieß voraus, daß der Inhalt der angesprochenen Mithut derselbe sei wie der der Koppelhut. Erk. 20/4 52 Bl. XVII. 225 ist ausgesprochen, daß den Eigenthümern der Grundstücke einer Gemeindemarkung, denen die Koppelhut mit Rindvieh zusteht, die diese störende Mithut von Schafen auf ihren Grundstücken nicht zukomme.

[15] Mittermair, Pr.R. § 169, 6. Eichhorn, Pr.R. § 179, e. Glück, Comment. X. 185. Kreittmayr, Anm. 1 d zu Bayr. L.R. II. 8. 14. „Gar vielmal läßt einer den andern aus Freundschaft oder sonst ex mera familiaritate auf seinem Grund mitweiden, welches auch bei vermischt untereinander liegenden Gründen gern reciproce zu geschehen pflegt. Dieser Fall nun wird lediglich

ist sie darauf begründet, daß jedes der betreffenden Grundstücke die Eigenschaft des herrschenden und dienenden Grundstücks hat [16]. Nach Bayrischem Recht werden die gegenseitigen Weidedienstbarkeiten unterschieden jenachdem sie den einzelnen gleichartige oder ungleichartige Theilnahmsrechte gewähren. Sind die Theilnahmsrechte gleichartig, d. h. richtet sich das Recht jedes Theilnehmers nach der Größe und Beschaffenheit seines hiebei betheiligten Grundbesitzes, so kann jeder Betheiligte ohne Entschädigung aus der Gemeinschaft austreten, wodurch die Koppelhut für seine Grundstücke aktiv und passiv erlischt [17]. Sind die Theilnahmsrechte ungleichartig, so kann die Koppelhut nur unter den Voraussetzungen, welche für die einseitigen Weidedienstbarkeiten gelten, abgelöst werden [18]. Nach Bayrischem Recht wird das Weiderecht an anderen Grundstücken nämlich Aeckern, Wiesgründen, Oedungen, Haiden und sonstigen nicht kultivirten Weideplätzen [19] von der Waldweide unterschieden, indem die letztere nach den Grundsätzen des Forstgesetzes sich richtet und das Weidegesetz 28/5 1852 nur für das erstere maaßgebend ist [20]. Beide müssen daher auch in der Dar-

---

ex natura precarii beurtheilt, folglich hat auch die Widerruffung sowohl auf ein als anderer Seite alle Stund und Augenblick statt . . . . . ob man nun aber in casu familiaritatis vel mutuae servitutis aut obligationis versire, einfolglich die Widerruffung Platz greiffe oder nicht, darüber hat es sich insonderheit zwischen Isenburg und Frankfurt gestritten . . . . In dubio halt man billich mehr das erste als letztere dafür, sofern nicht aus dem langwierig und wenigist zehnjährigen Gebrauch oder sonst ein anderes erscheint." Pr. L.R. I. 22. 135—137. „Wenn zwischen den Besitzern angrenzender im ausschließenden Eigenthume eines jeden befindlichen Grundstücke die gemeinschaftliche Hütung auf diesen Grundstücken statt findet, so wird dergleichen Koppelweide in der Regel als eine wechselseitige Grundgerechtigkeit angesehen. Wenn aber diese wechselseitige Hütung nicht regelmäßig und beständig auf eben demselben sondern nur zuweilen und bald auf diesen bald auf anderen Grundstücken ausgeübt worden, so wird angenommen, daß dabei nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit zum Grunde liege. In diesem Fall steht also jedem Interessenten frei, davon nach Gutbefinden wieder abzugehen."

[16] Erk. 11/1 53 Bl. XXI. 111.

[17] Weidegesetz Art. 37. Der austretende muß den übrigen Theilnehmern ein Triftrecht bestellen oben § 153, 33 f. Sind die Bedingungen des Austritts oder der Bestellung des Triftrechts bestritten, so darf der Austritt erst nach richterlicher Entscheidung dieser Differenzen geschehen. Weidegesetz Art. 38.

[18] Vgl. unten Note 60.

[19] Weidegesetz Art. 6.

[20] Pözl, Comment. zum Weidegesetz 396.

stellung unterschieden werden. Für das Weiderecht an Aeckern Wiesen und Oedungen gelten folgende Grundsätze:

I. Inhalt. Das Weiderecht kann überhaupt bestimmt oder unbestimmt sein. Als Regel gilt die Möglichkeit vertragsmäßiger Bestimmung; diese ist jedoch dadurch beschränkt, daß durch gesetzliche Anordnung der vertragsmäßigen Festsetzung gewisse Grenzen gezogen sind. Es gelten demnach für den Inhalt folgende Grundsätze:

1. Objekt. Das Weiderecht kann auf allen Aeckern, Wiesgründen, Oedungen, Haiden und anderen nicht kultivirten Weideplätzen ausgeübt werden. Unzuläßig ist bei neu angelegten sowie frisch umgebauten Wiesen die Ausübung der Schafweide während der ersten drei Jahre, der Weide mit anderen Viehgattungen während der ersten fünf Jahre nach Vollendung der Anlage [21].

2. Zeit. Für die Bestimmung der Zeit innerhalb deren die Weide geübt werden kann, ist bei Oedungen nur die Festsetzung in dem einzelnen Fall maaßgebend [22]. Die Weide auf Aeckern während der Fruktifikation und auf Wiesen während ihrer Hegezeit ist allgemein verboten, es ist demnach bei diesen die geschlossene Zeit zu beobachten [23], und es kann von dieser Bestimmung weder durch Herkommen Verjährung und darauf gegründete Titel noch Vertrag mit dem Eigenthümer befreit werden [24]. Die Fruktifikation eines Ackers beginnt mit dem Zeitpunkt, in welchem derselbe mit landwirthschaftlichen Erzeugnissen bestellt wird, und schließt mit Abräumung desselben nach beendeter Ernte [25]. Daher ist bei Aeckern, welche mit perennirenden Futterkräutern bestellt sind, das Weiderecht solange ausgeschlossen, als

---

[21] Weidegesetz Art. 2.

[22] A. E. 27/11 21 Bl. I. 318 spricht aus, daß es bei Oedungen keine geschlossene Zeit gebe.

[23] Dieß wird auch als gemeinrechtliche Regel angenommen Mittermair P.R. § 168, 31, Eichhorn, P.R. § 180, h. Es entspricht dieß auch der früheren Bestimmung des Pr. L.R. I. 22. 109 f. nicht aber der des Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 3, das wenn nichts anderes ausgemacht war die Weide jederzeit gestattete.

[24] Weidegesetz Art. 1. „Die Weide auf Aeckern, während ihrer Fruktifikation und auf Wiesen während ihrer Hegezeit ist ohne Unterschied, ob sie auf Herkommen Verjährung und darauf gegründeten Titeln oder auf ausdrücklichen besonderen Konzessionen und Verträgen mit den Eigenthümern beruht, ohne Entschädigung aufgehoben."

[25] Weidegesetz Art. 2. Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 5.

diese Bestellung besteht [26]. Die Bestimmung der Fruktifikation steht in dem Belieben des Eigenthümers, und sie kann durch den Weideberechtigten auch dann nicht gehindert werden, wenn dadurch eine Schmälerung des ihm bisher zukommenden Weiderechts herbeigeführt wird [27]. Die Hegezeit bei Wiesen dauert vom 1. April bis zur Abräumung der letzten Heu- oder Grummeternte [28], wodurch jedoch eine noch größere Beschränkung durch Gesetz, Lokalordnung, Herkommen oder Vertrag nicht ausgeschlossen ist [29]. Gewährt die hiernach in Anwendung kommende Hegezeit nach den in Betracht zu ziehenden Verhält- in einem Weidedistrikte nicht den erforderlichen Schutz, so kann auf Antrag der Mehrheit der Verpflichteten unter Ablösung des auf den Zeitraum der Erweiterung treffenden Theils der Dienstbarkeit eine erweiterte Hegezeit festgestellt werden [30].

3. Gattung. Ist die Gattung der aufzutreibenden Thiere bestimmt, so kann der Berechtigte nicht willkürlich eine andere substituiren [31]. Ist die Gattung nicht bestimmt, so kann gemeinrechtlich [32] und nach Bayrischem Landrecht [33] jede Gattung aufgetrieben werden, während

---

[26] Pözl, Comment. 392. Bl. XVI. 196 und XXI. 431.

[27] Weidegesetz Art. 5. Es ist damit die früher zuläßige Beschränkung des Anbaus der Brachfelder beseitigt. Bl. XVI. 193 f. und Erk. 1850 Bl. XV. 157.

[28] Weidegesetz Art. 2.

[29] Weidegesetz Art. 4.

[30] Weidegesetz Art. 7, 1.

[31] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 297, 1. Kreittmayr, Anm. 2 b. zu L.R. II. 8. 13. „Daferne aber nur ein gewisses Vieh bedungen oder hergebracht ist, so bleibt es auch bei selbiger Gattung allein, und kann von einer Specie auf die andere z. E. von Ochsen und Kühen auf Schaf hierinfalls nicht argumentirt werden." Pr. L.R. I. 22. 101. 102. gestattet dem Berechtigten Aenderung der Art nur, wenn er durch Zufall oder höhere Gewalt diese Art von Vieh an die Stelle des andern zu halten genöthigt ist. Koch, P.R. § 344, 12.

[32] Glück, Comment. X. 172 und Mittermair, P.R. § 168, 27 wollen solche Gattungen ausschließen, welche auf den dem Weiderechte unterworfenen Plätzen dem Feldbau schädlich sind.

[33] Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 1: „Der Trieb- oder Blumbesuch ... erstreckt sich regulariter sowohl auf Horn- als alles anderes Vieh, ausgenommen was krank und inficirt ist," wozu Kreittmayr, Anm. 2 a bemerkt: „Wer das Jus pascendi hat, kann regulariter sowohl das Kloh- und Horn- als all anderes Vieh auf die Weide treiben .... und ist dahero in Concessione generali ein so anderes zu specificiren ein bloßer Ueberfluß, qui enim omne dicit, nil excludit ...... Solchemnach ist auch das Bestandvieh nicht ausgenommen, sondern es wird mit demselben Fug wie das eigene geweidet."

nach Preußischem Landrecht bei unbestimmter Gattung die Berechtigung auf Zug- Rind- und Schafvieh beschränkt ist [34].

4. Zahl. Bei bestimmter Zahl darf gemeinrechtlich [35] und nach Bayrischem [36] und Preußischem Landrecht [37] das Jungvieh mitgetrieben werden. Bei unbestimmter Zahl ist der Berechtigte auf die dem landwirthschaftlichen Bedürfniß des herrschenden Grundstücks entsprechende Zahl beschränkt [38]. Namentlich entscheidet dabei der s. g. Durchwinterungsfuß, indem der Berechtigte soviel Vieh auftreiben darf, als er mit dem auf dem berechtigten Grundstück gewonnenen Futter durchwintern kann [39].

II. Ausübung des Weiderechts. Der Berechtigte hat

1. nur das Recht der Weide; er darf daher keine andere Art der Benützung des dienenden Grundstücks sich anmaßen, namentlich nicht auf dem Hütungsplatz mähen [40].

---

[34] Pr. L.R. I. 22. 99 und 100: „Stehet dem berechtigten Gute die Hütungsgerechtigkeit ohne Bestimmung einer gewissen Art des Viehes zu, so begreift sie alles Zug- Rind- und Schaf-Vieh unter sich. Schweine und andere Arten von Vieh dürfen auf eine solche Hütung nur in so fern gebracht werden, als die Einräumung des Rechts sich darauf ausdrücklich mit erstreckt, oder dieselben seit rechtsverjährter Zeit darauf mit vorgetrieben worden." Koch, Pr.R. § 344, 11.

[35] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 298 Note.

[36] Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 2. „Darf zwar die Anzahl des Viehes, sofern eine determinirt ist, ohne Bewilligung deren Interessenten nicht überschritten werden, dahingegen pflegt man aber auch das junge Vieh, welches noch kein Jahr alt ist, niemal miteinzurechnen."

[37] Pr. L.R. I. 22. 98: Auch wenn die Anzahl des Viehes, welches der Berechtigte vortreiben darf, bestimmt ist, kann dennoch das von diesem gefallene junge Vieh, so lange es saugt, von der Hütung nicht ausgeschlossen werden.

[38] Erk. 6/5 48 Bl. VIII. 128.

[39] Hagemann, Landwirthschaftsrecht § 298. Glück, Comment. X. 173. Mittermair, Pr.R. § 168, 23. Eichhorn, P.R. § 180, d. Erk. 26/2 67 Bl. XXXII. 213. Erk. Jena 28/6 38 Sf. VI. 14. Damit stimmt auch die Vorschrift des Pr. L.R. I. 22. 90 überein, welche Bestimmung jedoch in Preußen selbst abgeändert ist, Koch, P.R. § 344, 8 a. Das Bayrische Landrecht enthält keine Bestimmung. Durch Weidegesetz Art. 14 ist der Durchwinterungsfuß als allgemeine Norm anerkannt, da er hier für die Werthserhebung ungemessener Rechte zu Grund gelegt ist.

[40] Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 5: Ist nicht erlaubt, das Gras statt der Weid abmähen zu lassen und die Gerechtigkeit auf diese oder andere Art eigenmächtiger Weise auszudehnen. Pr. L.R. I. 22. 132: „Uebrigens kann der bloß

2. Bestritten ist, ob der Berechtigte die Befugniß habe, die Ausübung der Weidegerechtigkeit für sich zu verpachten [41], und ob er sie nur mit eigenem oder auch mit gepachtetem Vieh ausüben dürfe [42].

3. Der Berechtigte darf das Weiderecht nur so ausüben, daß dem dienenden Grundstück kein Schaden erwächst. Er darf daher kein krankes Vieh auftreiben [43], hat wo Schaden zu befürchten ist das Vieh von einem Hirten hüten zu lassen [44], und haftet für den bei Ausübung des Weiderechts angerichteten Schaden [45].

4. Eine besondere Art der Ausübung ist die Schäfereigerechtigkeit, welche die Befugniß enthält, eine Schafherde mit einem eignen Hirten zu halten [46]. In dem älteren Recht war das Recht des Schafhaltens vielfach beschränkt, und theils der Gutsherrschaft oder anderen Berechtigten theils der Gemeinde vorbehalten [47], oder aus polizeilichen Grün-

---

zur Hütung Berechtigte weder auf Rohr oder Schilfnutzung Anspruch machen noch sich das Mähen auf dem Hütungsrevier auf irgend eine Art anmaßen." Vgl. Mittermair, P.R. § 168, 16.

[41] Allgemein für zuläßig erklärt dieß Erk. Stuttgart 1/4 40 Sf. III. 147. Dagegen spricht sich aus Erk. 6/5 42 Bl. VIII. 128, 26/2 67 Bl. XXXII. 213, und Beseler, P.R. § 193, 14, welche letztere Ansicht aus der allgemeinen Natur der Prädialservituten als die richtige sich ergiebt, vgl. oben § 162, 36. Die Möglichkeit der Verpachtung des Weiderechts setzt dagegen voraus Weidegesetz Art. 29.

[42] Dieß wird verneint von Beseler, P.R. § 193, 14, Mittermair, Pr.R. § 168, 21, Erk. 6/5 42 Bl. VIII. 128, Pr. L.R. I. 22. 91. Für zuläßig erklären dieß Kreittmayr, Anm. 2 a zu L.R. II. 8. 13. Nr. 1 oben Note 33, Glück, Comment. X. 174, und Erk. 26/2 67 Bl. XXXII. 214.

[43] Beseler, P.R. § 193. V. Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 1. oben Note 33. Pr. L.R. I. 22. 87.

[44] Beseler, P.R. § 193, 16. Pr. L.R. I. 22. 83 und 84. Nach Erk. 2/7 39 Arnold, Erörterungen 572, 2 und Cassel 17/3 63 Sf. XVI. 196 darf er nicht willkürlich in zwei Heerden hüten.

[45] Pr. L.R. I. 22. 80. „Wer das Recht hat sein Vieh auf den Grundstücken eines anderen Gutes zu hüten muß sich desselben so bedienen, daß der Eigenthümer dadurch an der Substanz der Sache keinen Schaden leide. 85. Vernachläßigt der Berechtigte diese Obliegenheit, so haftet er für allen und jeden durch das Vieh auch nur zufällig angerichteten Schaden." Erk. 16/12 54 Bl. XX. 366 ist dieß anerkannt hinsichtlich des Schadens der durch das nach dem Weidegesetz verbotene Beweiden von Kleefeldern angerichtet wurde.

[46] Beseler, Pr.R. § 193, 18; vgl. Büff, das Schäfereirrecht Cassel 1863, Koch, Pr.R. § 346, Mittermair, Pr.R. § 170.

[47] Mittermair, Pr.R. § 170, 1 und 2.

den von einer Concession abhängig gemacht [48]. In der ersteren Form hat die Schäfereigerechtigkeit im Preußischen Landrecht weitere Ausbildung erhalten [49]. Sie kann auch jetzt noch von Bedeutung sein, insoferne sie das Recht der Ausübung der Schafweide auf einem Gutscomplex mit Ausschließung der Mithut der Eigenthümer enthält.

5. Gegenleistungen des Berechtigten. Als solche finden sich das Pferchrecht [50], nämlich die Verbindlichkeit des Weideberechtigten, die Schafe bei Ausübung der Weidegerechtigkeit auf dem dienenden Grundstück einzupferchen [51], und die Verbindlichkeit, mit den Schafen auf den dienenden Grundstücken Mittagsruhe zu halten [52].

III. Stellung des Eigenthümers. Der Eigenthümer hat:

1. die Mithut, insoferne diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist [53]. Reicht der Ertrag der Weide nicht aus, so hat der Eigenthümer zurückzustehen, wenn das Weiderecht der Stückzahl nach bestimmt ist [54]; bei unbestimmter Stückzahl haben Weideberechtigter und Eigenthümer verhältnißmäßig zu vermindern [55], nach Bayrischem Landrecht hat jedoch der Eigenthümer zurückzustehen [56].

2. In wie weit der Eigenthümer durch die Weidegerechtigkeit in seinem Eigenthumsrecht beschränkt sei war nach früherem Recht bestritten, indem die eine Ansicht den Eigenthümer in der Benützung

---

[48] Kreittmayr, Anm. 4 zu Bayr. L.R. II. 8. 13. Förster, P. P.R. 187, 138.

[49] Pr. L.R. I. 22. 146—169. Koch, Pr.R. § 346. Förster, P. P.R. § 187, 130 f.

[50] Mittermair, Pr.R. § 170, VI. Beseler, Pr.R. § 193, 24. Koch, Pr.R. § 347. Förster, P. P.R. § 187, 151.

[51] Pr. L.R. I. 22. 157. Erk. 1/6 58 Bl. XXIV. 186. Es kommt dieses Recht auch als besondere Dienstbarkeit nämlich als das Recht vor, auf fremdem Grund für seine Schafe eine Pferch zu halten Koch, Pr.R. § 347, 2, Kreittmayr, Anm. 4 e zu Bayr. L.R. II. 8. 13.

[52] Erk. 5/5 66 Bl. XXXI. 366 und Sf. XX. 109. Es erscheint dieß als Modifikation des Pferchrechts.

[53] Mittermair, P.R. § 168, 12. Beseler, P.R. § 193, II. Glück, Comment. X. 180. Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 6. Pr. L.R. I. 22. 89. Erk. 6/5 42 Bl. VIII. 156. Erk. München 8/11 45 Sf. I. 407.

[54] Glück, Comment. X. 181. Pr. L.R. I. 22. 105. Förster, P. P.R. § 187, 123.

[55] Glück, Comment. X. 183, 28. Pr. L.R. I. 22. 103 und 104. Förster, P. P.R. § 187, 122.

[56] Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 6. Diese Auffassung wurde früher auch gemeinrechtlich von vielen getheilt s. Glück, Comment. X. 182.

seines Eigenthums nur insoweit für beschränkt erachtete, daß er keine Handlungen vornehmen dürfe, wodurch die Ausübung der Weidegerechtigkeit ganz beseitigt oder dauernd vermindert werde [57], während eine andere Ansicht jede den bisherigen Bestand der Weideberechtigung beeinträchtigende Veränderung für verboten hielt [58]. Durch das Weidegesetz ist jedoch dem Eigenthümer die Befugniß eingeräumt ohne Rücksicht auf den Bestand der Dienstbarkeit jede Culturveränderung auf seinem Eigenthum vorzunehmen [59].

IV. Ablösung. Durch das Weidegesetz 28/5 1852 sind die einseitigen Weiderechte und die gegenseitigen Weidedienstbarkeiten mit verhältnißmäßig ungleichartigen Theilnahmsrechten [60] für ablösbar erklärt. Es gelten hiefür folgende Grundsätze:

1. Die Ablösung findet regelmäßig nur bei Weiderechten statt die sich auf einen ganzen Weidedistrikt erstrecken [61]. Ablösung durch einen einzelnen Besitzer ist nur zuläßig für Wiesen die mit künstlichen Wässerungseinrichtungen versehen sind, dann bei nassen oder durchbrüchigen Wiesen [62].

2. Die Ablösung erstreckt sich auf das Weiderecht als Ganzes. Theilweise Ablösung tritt nur ein, wenn die gesetzliche Hegezeit der Wiesen auf Antrag der Pflichtigen erweitert wird, für den auf den Zeitraum der Erweiterung treffenden Theil der Weidedienstbarkeit [63].

---

[57] Mittermair, Pr.R. § 168, 17. Erk. Darmstadt 8/9 55 Sf. XII. 128.

[58] Beseler, Pr.R. § 193, 5. Pfeiffer in Z. f. D.R. XIII. 177. Erk. Wolfenbüttel 1841 Sf. XVII. 10. Bayr. L.R. II. 8. 13. Nr. 7. Pr. L.R. I. 20. 80 und 81. Nach dieser Auffassung hat der Eigenthümer nur Anspruch auf die bisher übliche Culturart.

[59] Weidegesetz Art. 5. „In Bezug auf landwirthschaftliche Arbeiten und Unternehmungen, mittelst deren die Weidepflichtigen den bisherigen Stand der Kultur ihres Bodens zu erhöhen oder auszudehnen beabsichtigen, steht dem Weideberechtigten ein Einspruchsrecht selbst in dem Falle nicht zu, wenn hiedurch die bis dahin bestandene Fruktifikations- oder Hegezeit eine den Ertrag des Weiderechtes schmälernde Erweiterung, sei es in irgend einer Beziehung, erhält." Nach Erk. 1850 Bl. XV. 157 erstreckt sich dieß auch auf das zu Gunsten der Weidedienstbarkeit begründete Verbot des Bebauens von Brachfeldern.

[60] Weidegesetz Art. 6 und 39. Die gegenseitigen Weiderechte mit gleichartigen Theilnahmsrechten bedürfen der Ablösung nicht, da jeder Betheiligte einseitig austreten kann vgl. oben Note 17.

[61] Weidegesetz Art. 6 und 39.

[62] Weidegesetz Art. 7, 2 und 39.

[63] Weidegesetz Art. 7 vgl. oben Note 30.

3. Für die einseitige Ablösung der Weidedienstbarkeiten ist ein besonderes Verfahren angeordnet [64]. Diese kann nur von dem Pflichtigen verlangt werden. Bei Ablösung der Weiderechte in einem Weidedistrikt hat die Mehrheit der Betheiligten zu bestimmen [65]. Der Berechnung der Mehrheit wird die Zahl der Tagewerke zu Grunde gelegt, welche die Weidepflichtigen auf der betheiligten Grundfläche besitzen, wobei die nicht kultivirten Weideplätze nur insoweit konkurriren, als sich ihre Eigenthümer für die Ablösung aussprechen [66]. Bei Stimmengleichheit wird der Beschluß als zu Gunsten der Ablösung gefaßt erachtet [67]. Der auf Ablösung gerichtete Mehrheitsbeschluß verbindet die Minderheit [68].

4. Die Art und der Betrag der Entschädigung des Berechtigten kann durch Uebereinkunft festgestellt werden [69]. Kommt eine solche nicht zu Stand, so wird vor allem der jährliche Reinertrag des Weiderechts durch Abschätzung festgestellt [70]. Dieser bildet die Jahresabgabe, welche als Reallast auf die dienstbaren Grundstücke zu übernehmen ist [71], wobei die Vertheilung auf die einzelnen Grundstücke in Ermanglung gütlicher Uebereinkunft durch die Behörde erfolgt [72]. Ist nichts anderes ausgemacht, so ist die Jahresabgabe am 15. Dezember jeden Jahres fällig [73]. Der Pflichtige kann die Jahresabgabe durch Baarerlag ihres zwanzigfachen Betrags ablösen oder für diesen Betrag ein von seiner Seite jederzeit heimzahlbares vierprozentiges Bodenzinskapital constituiren [74]. Auf Verlangen des Berechtigten [75] werden solche

---

[64] Weidegesetz Art. 47—64. Zuständig sind die Verwaltungsbehörden, wobei jedoch in den Art. 48 genannten Fällen das Verfahren von vorhergehender rechtskräftiger Entscheidung der betreffenden Streitigkeiten abhängig gemacht ist.

[65] Weidegesetz Art. 6 und 7, 1.

[66] Weidegesetz Art. 6 und 39.

[67] Weidegesetz Art. 8 und 39.

[68] Weidegesetz Art. 9 und 39.

[69] Haben sich die Betheiligten über Feststellung einer Jahresabgabe geeinigt, so wird diese, wenn nichts anderes ausgemacht ist, nach den Grundsätzen beurtheilt, welche für die durch Ablösung constituirte Jahresabgabe gelten Weidegesetz Art. 21.

[70] Weidegesetz Art. 12 und 41. Das dabei zu beobachtende Verfahren ist Art. 13—16 näher bestimmt.

[71] Weidegesetz Art. 17 und 42.

[72] Weidegesetz Art. 22 und 43.

[73] Weidegesetz Art. 25.

[74] Weidegesetz Art. 18 und 44.

Jahresabgaben und Bodenzinskapitalien von der Ablösungskasse des Staats übernommen [76].

5. Das abgelöste Weiderecht [77] erlischt, wenn nichts anderes vertragsmäßig ausgemacht ist, mit dem Schluß desjenigen Jahres, in welchem die Repartition der dafür bestimmten Entschädigung auf die einzelnen Pflichtigen endgiltig erfolgt ist, welcher Termin jedoch auf Antrag der Berechtigten auf die Dauer von höchstens drei Jahren von der Behörde erweitert werden kann, wenn nach dem Urtheil der Sachverständigen die frühere Beendigung besonders nachtheilig wäre [78].

§ 164.

II. Die Wegegerechtigkeit [1].

Die Wegegerechtigkeit enthält die auf einem Privatrechtstitel beruhende Befugniß, sich eines fremden Grundstücks [2] zur Communication zu bedienen. Der Privatweg unterscheidet sich vom öffentlichen Weg dadurch, daß auf den letzteren kein selbstständiges Recht besteht [3], und andererseits jeder sich desselben bedienen kann. Die Weggerechtigkeit, wo sie als Servitut vorkommt [4], richtet sich auch bei uns nach den Grundsätzen des römischen Rechts [5]. Für den Inhalt ist daher zunächst die vertragsmäßige Bestimmung maaßgebend; soweit diese fehlt,

---

[75] Die für gegenseitige Weidedienstbarkeiten constituirten Jahresabgaben und Bodenzinskapitalien werden von der Ablösungskasse nur auf Verlangen sämmtlicher Bezugsberechtigter einer Weidegemeinschaft übernommen. Weidegesetz Art. 44.

[76] Weidegesetz Art. 19 und 20.

[77] Mit dem Weiderecht erlischt auch das zu seiner Ausübung bestehende Durchtriebsrecht, insoweit es nicht besonders vorbehalten wird, Weidegesetz Art. 26. Vgl. oben § 153, 33 f.

[78] Weidegesetz Art. 23, 24 und 45. Bei gegenseitigen Weiderechten können einen solchen Antrag nur diejenigen Theilnehmer stellen, die für Aufrechthaltung der Weidegemeinschaft gestimmt hatten Weidegesetz Art. 46.

[1] Elvers, Servituten § 42. Glück, Comment. X. 139 f.

[2] Es gehört dazu auch die Dienstbarkeit an Privatgewässern (servitus navigandi) l. 23. § 1. D. 8. 3, Glück, Comment. X. 143.

[3] Vgl. oben § 116, 16 und § 152, 10.

[4] Erk. 28/4 52 Bl. XX. 187 ist ausgesprochen, daß der Richter zu entscheiden habe, ob in den betreffenden Handlungen die Ausübung eines Rechts oder ein zufälliger oder prekärer Gebrauch des Weges zu sehen sei.

[5] Mittermair, Pr.R. § 167, 20. Förster, P. P.R. § 187, 94. Erk. Celle 27/11 38 Sf. I. 180.

kommen die für die verschiedenen Arten der Weggerechtigkeit geltenden Grundsätze zur Anwendung.

Für alle Weggerechtigkeiten gilt der Grundsatz, daß sie nicht willkürlich das ganze dienende Grundstück in Anspruch nehmen können, daß vielmehr die einmal bestimmte Richtung von dem Berechtigten eingehalten werden muß [6]. In Ermanglung näherer Festsetzung steht die Wahl dem Berechtigten zu [7]. Die Wegegerechtigkeit ist an sich ungemessen; doch darf sich der Berechtigte derselben nur zum Bedarf des herrschenden Grundstücks bedienen, die Ausübung daher nicht anderen überlassen [8]. Die Instandhaltung des Wegs liegt dem Berechtigten

---

[6] Glück, Comment. X. 166. Seuffert, Pandekten § 165, 7. Allgemein wird dieß zugestanden für den Fahrweg (via), da es l. 9. D. 8. 1. ausdrücklich ausgesprochen ist Elvers, Servituten 402, Erk. Lübeck 28/4 49 Sf. VI. 13; dagegen wird es für iter und actus in Abrede gezogen von Elvers, Servituten 401. Für die erstere Meinung entscheidet sich Kreittmayr Anm. 1. g. zu Bayr. L.R. II. 8. 11. „Daß man gegenwärtige Servitut nicht auf allen Theilen des dienstbaren Grunds sondern nur auf einem gewissen Spatio desselben und mit möglichstem Menagement zu exerciren habe, ergiebt sich schon aus dem, was oben C. 7. § 6. Nr. 2. Litt. b. angeführt worden. Können sich Partes interessatae über sothanes Spatium nicht selbst gütlich mit einander verstehen, werden sie arbitrio Judicis auseinander gesetzt .... ist aber ein gewisses Spatium einmal erwählt, so laßt sich solches einseitiger Weis nicht mehr abändern, oder von dem bereits erwählten auf einen anderen Privatnebenweg abweichen" und Anm. 2. b. zu L.R. II. 7. 6. „Ich kann also z. E. ad servitutem itineris vel viae nicht den ganzen Grund und alle Theil desselben appliciren, sofort bald dort bald da, wie es mir nur einfällt, darauf hermarschiren, sondern ich muß mich mit dem a parte adversa vel Judice ausgezeigten gewöhnlichen Spatio begnügen, weil der Zweck und die Natur meiner Gerechtsame kein mehreres erfordert." Pr. L.R. I. 22. 70. „Wem das Recht über ein fremdes Grundstück zu gehen zu reiten oder zu fahren zukommt, der muß sich genau auf dem bestimmten Weg halten, und darf unter keinerlei Vorwand Nebenwege suchen." Vgl. oben § 162, 25. Es spricht für diese Entscheidung schon der Umstand, daß im Zweifel eine bestimmte Breite gesetzlich angeordnet ist, unten Note 16, 23, 24, 32 und 33.

[7] Glück, Comment. X. 164. Elvers, Servituten 408. Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 3 und Kreittmayr, Anm. 1 g zu L.R. II. 8. 11 lassen den Richter entscheiden. Nach Weidegesetz Art. 3 erfolgt in den Fällen in welchen nach Aufhebung des Weiderechts dem Berechtigten ein besonderes Triftrecht constituirt wird die Feststellung durch die Administrativbehörden.

[8] Kreittmayr Anm. 1. m. zu L.R. II. 8. 11. „Dieser hingegen hat so viele Macht nicht, daß er sein Recht auch anderen überlassen könnte, sondern bedient sich dessen nur für sich allein, ausgenommen seine Kinder, Domestiken

ob, der jedoch Anspruch darauf hat, in den nöthigen Reparaturen nicht gehindert zu werden [9]. Die einzelnen Weggerechtigkeiten sind:

1. Das Recht des Fußsteigs (servitus itineris). Dieses gewährt gemeinrechtlich [10] und nach bayrischem Landrecht [11] die Befugniß über das dienende Grundstück zu gehen zu reiten und sich in einer Senfte tragen zu lassen [12], nicht aber zu fahren [13]. Dagegen enthält es nach preußischem Landrecht das Recht des Reitens nicht, sowenig als das des Fahrens [14]. Die Breite des Wegs, welche im Mangel näherer Festsetzung gemeinrechtlich durch richterliches Ermessen festgestellt wird [15], beträgt nach Bayrischem und Preußischem Landrecht drei Fuß [16].

2. Das Triftrecht (servitus actus) gewährt gemeinrechtlich die Befugniß des Viehtriebs, womit das Recht mit Wagen zu fahren und zu gehen verbunden ist [17], während nach Bayrischem [18] und Preußi-

---

Gefährten und andere mit ihm zu thun habende Personen, welche per Connexionem et Consequentiam daran participiren."

[9] Kreittmayr, Anm. 1. i. zu L.R. II. 8. 11. „Wir haben schon oben C. 7. § 6. Nr. 2. Lit. a. gehört, daß Dominus Praedii dominantis alles, was zu Ausübung der Servitut vonnöthen ist, in Praedio serviente vornehmen könne, einfolglich ist ihm auch nicht verwehrt, den Weg zu repariren, Gräben und Hohlweg auszufüllen, die Anhöhen zu applaniren, das anfliegende Gesträuß sammt denen auf den Weg hervorragenden Bäumen soweit als sie dem Weg hinderlich seind zu stutzen und respective auszurotten."

[10] l. 7. pr. und 12. pr. D. 8. 3. Seuffert, Pandekten § 165, 2. Glück, Comment. X. 139. Nicht mehr für anwendbar hält diese Bestimmungen nach heutigem Recht Windscheid § 211, 3.

[11] Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 1. „Wird der Durchgang oder Fußsteig auf fremden Grund nicht nur dem Domino Praedii dominantis sondern auch seinen Kindern Domestiken und anderen, welche mit ihm zu thun haben, gestattet, es kann auch solches zu Fuß und zu Pferd jedoch ohne Fuhrwerk geschehen."

[12] Analog ist dieß dahin auszudehnen daß der Berechtigte etwas tragen dürfe. Erk. Lübeck 19/5 40 Sf. X. 136.

[13] Daher auch nicht mit einer Schiebkarre Erk. Lübeck 13/4 30 Sf. V. 5.

[14] Pr. L.R. I. 22. 65. „Wer das Recht hat über das Grundstück des andern zu gehen darf sich dessen weder zum Reiten noch zum Fahren auch nicht mit einrädrigen Karren bedienen."

[15] l. 18. § 2. D. 8. 3. Elvers, Servituten 389.

[16] Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 1. Pr. L.R. I. 22. 78.

[17] l. 7. D. 8. 3. Qui actum habet, et plaustrum ducere et jumenta agere potest. l. 1. pr. D. 8. 2. Qui actum habet et iter habet etiam sine jumento. Elvers, Servituten 389. Glück, Comment. X. 344.

[18] Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 3. Im übrigen ist Servitus actus zwar wohl unter der servitute viae nicht aber itineris begriffen, und wer nur des

schem Landrecht [19] die Dienstbarkeit auf den Viehtrieb beschränkt ist. Das Triftrecht erstreckt sich, wenn nicht besondere Ausnahmen begründet sind, auf alle Gattungen von Vieh namentlich auch Lastthiere [20]. Die Breite des Wegs wird gemeinrechtlich durch richterliches Ermessen bestimmt [21]; nach Bayrischem Landrecht [22] ist sie auf acht Fuß nach Preußischem Landrecht [23] auf sechszehn Fuß festgesetzt. In dem Triftrecht ist nur das Recht des Durchtriebs gegeben; das Triftvieh darf daher beim Durchtreiben weder weiden noch lagern [24].

3. Die Fahrgerechtigkeit (servitus viae) enthält gemeinrechtlich alle Benützungsarten, also außer dem Recht zu fahren auch den Viehtrieb und das Recht des Fußsteigs [25]; dagegen ist nach Preußischem Landrecht mit der Fahrgerechtigkeit das Triftrecht nicht gegeben [26]. Gemeinrechtlich enthält die Fahrgerechtigkeit auch die Befugniß Steine und Balken über das dienende Grundstück zu schleifen [27] und das Recht der Durchfahrt [28], welches letztere jedoch nach Preußischem Recht be-

Durchtriebs allein berechtigt ist kann sich selbiger Orten des Gangsteigs oder Fahrwegs nur währenden Trieb und soweit es hiezu vonnöthen ist bedienen.

[19] Pr. L.R. I. 22. 68. Förster, P. P.R. § 187, 105.

[20] Glück, Comment. X. 154. Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 3.

[21] Elvers, Servituten 392.

[22] Bayr. L.R. II. 8. 3.

[23] Pr. L.R. I. 22. 79. Förster, P. P.R. § 187, 109.

[24] Glück, Comment. X. 169. Beseler, Pr.R. § 193, 26. Förster, P. P.R. § 187, 108. Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 3. „Es pflegt auch der Durchtrieb allezeit nur mit fliegender Geisel zu geschehen, folglich kann man sich der Weid oder des Blum-Besuchs, sofern nicht ein anderes hergebracht ist, keineswegs hierunter anmassen.“

[25] l. 1. pr. D. 8. 4. Via est jus eundi, et agendi, et ambulandi; nam et iter et actum via in se continet. Elvers, Servituten 393. Glück, Comment. X. 160. Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 3: „im übrigen ist servitus actus zwar wohl unter der servitute viae nicht aber itineris begriffen.“ Gegen die Ausdehnung der durch Verjährung erworbenen Fahrgerechtigkeit auf das Triftrecht erklären sich Erk. Darmstadt 16/6 57 Sf. XII. 127; Dresden 27/11 62 Sf. XVII. 213; Stuttgart 17/3 64 Sf. XVIII. 121.

[26] Pr. L.R. I. 22. 67.

[27] l. 7. D. 8. 3. Qui viam habent eundi agendique jus habent; plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi. Glück, Comment. X. 162. Kreittmayr, Anm. 1 e zu L.R. II. 8. 11: Servitus viae ... erstreckt sich ... auch auf das Holz- und Steinschleppen ....

[28] Diese Servitut kommt häufiger als Gebäudeservitut vor, vgl. unten § 168, 61; sie kann aber auch für ländliche Grundstücke begründet sein, welche mit einer Einfriedigung umgeben sind.

sonders begründet sein muß [29]. Die Breite beträgt, wenn nichts näher bestimmt ist, gemeinrechtlich acht Fuß in gerader Richtung und sechzehn Fuß in der Biegung [30], nach Preußischem Recht acht Fuß in gerader Linie und zwölf Fuß in der Biegung [31].

§ 165.

III. Wasserlaufdienstbarkeiten.

Die Grundsätze des gemeinen Rechts und des Preußischen Landrechts, welche bis dahin für die auf den Wasserlauf bezüglichen Dienstbarkeiten Anwendung fanden, sind in Bayern durch die Bestimmungen des Wassergesetzes 28/5 1852 in folgender Weise umgestaltet:

I. Für das auf dem Privateigenthum befindliche Gewässer nämlich das geschlossene Wasser, Quellen, Regenwasser und Kanäle ist der natürliche Ablauf durch das Gesetz in der Art geschützt, daß weder der Eigenthümer einseitig demselben eine andere Leitung auf fremdes Eigenthum als den natürlichen Ablauf geben noch der Eigenthümer des niedriger liegenden Grundstücks den natürlichen Ablauf des Wassers hindern kann [1]. Durch Errichtung einer Dienstbarkeit kann jedoch diese gesetzliche Bestimmung abgeändert werden [2].

II. Für laufende Gewässer ist die Dienstbarkeit der Wasserleitung (servitus aquaeductus) [3] gegeben. Diese kann sowohl an öffentlichen als an Privatflüssen begründet sein. Die Anlage von Triebwerken, Wasserleitungen, Abzugsgräben, Schöpfwerken, Bade- und Waschhäusern an öffentlichen Flüssen setzt die Erlaubniß der Verwaltungsbehörde voraus, welche, wenn sie nicht auf beschränkte Zeit oder in widerruflicher Eigenschaft ertheilt ist, ein selbstständiges Recht gewährt das nur durch Expropriation entzogen werden kann [4], und das, wenn es zu Gunsten eines Grundstücks constituirt ist, die Natur der Servitut hat [5]. Die Wasserleitungsgerechtigkeit an Privatflüssen wird

[29] Pr. L.R. I. 22. 76.

[30] l. 8. D. 8. 3. Bayr. L.R. II. 8. 11. Nr. 2.

[31] Pr. L.R. I. 22. 79.

[1] Wassergesetz Art. 34 und 35; vgl. oben § 125, 15.

[2] Wassergesetz Art. 37. Auf dieses Verhältniß bezieht sich: Kerstorff, vier Erkenntnisse in Wasserrechtssachen Augsburg 1870 und Erk. 16/7 67 Bl. XXXI. 255.

[3] Glück, Comment. X. 190. Elvers, Servituten § 43. Windscheid § 211, 6.

[4] Wassergesetz Art. 10 und 14.

[5] Erk. Bez.Ger. Augsburg 16/11 68 bei Kerstorff vier Erkenntnisse S. 13.

gegen den Eigenthümer nach den allgemeinen Grundsätzen erworben [6]. Die im gemeinen Recht begründeten Dienstbarkeiten des Wasserschöpfens und der Viehtränke (servitus aquaehaustus und pecoris appulsus) [7] sind nach Bayrischem Recht nicht mehr erforderlich, da dieses Schöpfen und Tränken in öffentlichen und Privatflüssen freigiebt [8]. Dagegen kann sie noch an den auf dem Privateigenthum befindlichen Gewässern vorkommen. Auch die Fischerei kann als Dienstbarkeit constituirt sein [9].

§ 166.

IV. Forstdienstbarkeiten [1].

Ein Anspruch auf Nutzungen an Forstprodukten kann als bloße Vergünstigung vorkommen, oder auf der Eigenschaft als Gemeindemitglied begründet sein [2]. Dingliche Forstberechtigungen haben regelmäßig die Eigenschaft der Servituten, nur die Holzberechtigung kann auch als Reallast vorkommen [3]. Die Forstdienstbarkeit kann eine persönliche [4] oder Grunddienstbarkeit sein. Durch das Forstgesetz vom 28. März 1852 sind die Forstdienstbarkeiten vielfachen Beschränkungen unterworfen, welche sich theils auf die Begründung und den Bestand

---

[6] Wassergesetz Art. 54. Erk. 24/4 66 Bl. XXXI. 332 ist ausgesprochen, daß durch Ersitzung eine Dienstbarkeit an einem Privatfluß nach den für die Dienstbarkeitsersitzung geltenden Grundsätzen erworben werde. Dabei ist angenommen, daß nach Wassergesetz Art. 54 der Miteigenthümer eine Dienstbarkeit also auch ein ausschließliches Benutzungsrecht an dem gemeinschaftlichen Wasserlauf gegenüber seinem Miteigenthümer erwerben könne, womit auch der Wortlaut des Gesetzes übereinstimmt. Als eine solche kann auch die nach Wassergesetz Art. 86 durch Expropriation zur Anlage eines Stauwerks begründete Benützung des gemeinschaftlichen Wasserlaufs angesehen werden.

[7] Glück, Comment. X. 198. Windscheid § 211, 7 und 8.

[8] Wassergesetz Art. 9 und 53. Zur Möglichkeit der Ausübung dieses Rechts kann jedoch die Bestellung einer Wege- oder Triftgerechtigkeit erforderlich sein.

[9] Die nähere Darstellung wird unten im Wasserrecht gegeben werden.

[1] Vgl. Forstgesetz 28/3 52 Art. 23—34 mit Commentar von Brater in Dollmann G.G. II. 1. 437—472. Pözl, Verw.R. § 167.

[2] Forstgesetz Art. 96. „Wer Holz oder sonstige Walderzeugnisse ... in deren Besitz er zu seinem Bedarf in Folge Berechtigung Vertheilung oder Vergünstigung gekommen ist ... veräußert ...“

[3] Vgl. unten Note 32 und § 175.

[4] Vgl. oben § 156, 6 und unten Note 33.

theils auf die Ausübung beziehen, und auf alle Forstdienstbarkeiten[5] ohne Unterscheidung ihres Inhalts gleichmäßig Anwendung finden. Es kommen hiernach folgende Grundsätze zur Anwendung:

1. Der Berechtigte ist bei Ausübung der Berechtigung an die Bestimmungen des Forstgesetzes gebunden[6]. Er ist daher nicht nur den Beschränkungen unterworfen, welche für den Eigenthümer selbst gegeben sind[7], sondern er muß sich auch hinsichtlich der Ausdehnung und Ausübung seiner Berechtigung allen Anordnungen unterwerfen, welche für den nachhaltigen Betrieb der Waldwirthschaft erforderlich sind. Er hat sich daher nicht nur bei der Ausübung seiner Berechtigung an die Anweisung von Seite des Waldeigenthümers zu halten[8], sondern er muß sich auch die Ermäßigung im Interesse der Forstcultur gefallen lassen[9]. Liegt eine Beeinträchtigung der nachhaltigen Bewirthschaftung durch eine Forstberechtigung vor, so kann von Seite des Verpflichteten[10] gegenüber sämmtlichen Berechtigten der gleichen Gattung[11] für einen bestimmten Zeitraum eine entsprechende Ermäßigung beantragt werden, wobei für die Berechtigten ein Anspruch auf Entschädigung nur dann begründet ist, wenn die Ermäßigung durch unnach-

---

[5] Inwieferne diese Bestimmungen auch auf das Holzrecht als Reallast Anwendung finden s. unten § 175.

[6] Forstgesetz Art. 23. „Der Forstberechtigte ist bei der Ausübung seiner Berechtigung an die genaue Befolgung der forstpolizeilichen Bestimmungen des gegenwärtigen Gesetzes gebunden. Streitigkeiten über die Art und Weise der Ausübung einer Forstberechtigung werden von den Polizeibehörden entschieden, jedoch mit Vorbehalt des Rechtsweges, insoferne ein Betheiligter sich durch die Entscheidung in seinem Rechte oder dessen Umfange für verletzt erachtet." Die Betretung des Rechtswegs muß innerhalb drei Monaten geschehen Forstgesetz Art. 33.

[7] Vgl. oben § 125. V.

[8] Forstgesetz Art. 89 und 90 bedroht denjenigen mit Strafe, der bei Ausübung der Forstdienstbarkeiten der Anweisung nicht folgt.

[9] Forstgesetz Art. 25. „Forstberechtigungen, welche die nachhaltige Bewirthschaftung des Waldes beeinträchtigen, sind auf Antrag des Verpflichteten für einen bestimmten Zeitraum entsprechend zu ermäßigen." S. einen hier einschlagenden Fall Bl. f. A. Pr. XVI, 177.

[10] E. E. E. 29/12 59 Moritz III. 79 ist ausgesprochen, daß das Verfahren zur Ermäßigung einer Forstberechtigung nur auf Antrag des Verpflichteten eingeleitet werde.

[11] Forstgesetz Art. 25: Stehen mehreren Personen Forstberechtigungen gleicher Gattung an dem Walde zu, so kann der Waldbesitzer den Antrag auf Ermäßigung nur gegen alle diese Berechtigten verbunden stellen.

haltige Bewirthschaftung von Seite des jetzigen oder der früheren Waldbesitzer veranlaßt worden ist [12]. Sowohl über die Ermäßigung [13] als über die Statthaftigkeit und den Betrag der Entschädigung haben die Forstpolizeibehörden zu entscheiden, wobei jedoch beiden Theilen die Betretung des Rechtswegs innerhalb drei Monaten sowohl hinsichtlich der Entscheidung der Ermäßigung [14] als der Entschädigung [15] zusteht. Betritt der Waldbesitzer den Rechtsweg, so ist er befugt die Klage gegen alle, welchen Forstberechtigungen an dem Wald zustehen, zu verbinden, und in derselben die Ermäßigung der auf dem Wald ruhenden Forstberechtigungen jeder Gattung zu verlangen. Ebenso können die Berechtigten, welche gegen den Ausspruch der Forstpolizeibehörde den Rechtsweg betreten, selbst wenn ihre Forstberechtigungen nicht gleicher Gattung sind, eine Streitgenossenschaft bilden [16]. Die Berechtigten, welche gegen den Ausspruch auf Ermäßigung den Rechtsweg betreten, haben den Nachweis zu liefern, daß das dienende Grundstück den geforderten höheren Betrag leisten könne [17].

2. Die Forstberechtigungen können gemessen oder ungemessen sein. Bei ungemessenen Berechtigungen richtet sich die Ausdehnung der Berechtigung nach dem Bedürfniß des Berechtigten in der Art, daß dieser nur seinen eigenen Hausbedarf beziehen und den Bestand seines Anwesens nicht willkürlich vergrößern darf [18]. Der Berechtigte darf bei ungemessenen Berechtigungen von dem ihm zugewiesenen nichts veräußern [19]. Bei ungemessenen Berechtigungen steht beiden Theilen die Befugniß zu die Umwandlung in gemessene zu beantragen. Kommt eine gütliche Uebereinkunft nicht zu stand, so erfolgt die Umwandlung, wenn die Natur der Berechtigung es gestattet, durch Festsetzung eines

---

[12] Forstgesetz Art. 25.

[13] C. C. E. 30/3 63 Moritz III. 376 spricht aus, daß sich dieß auch auf solche Forstberechtigungen erstrecke, deren Umfang durch rechtskräftiges Erkenntniß festgestellt sei, und Erk. 8/1 67 Bl. XXXI. 184 daß ein derartiger Antrag auch in der Executionsinstanz eines Rechtsstreits mit der Wirkung der Sistirung der Execution gestellt werden könne.

[14] Erk. 18/3 61 Bl. XXVII. 221.

[15] Erk. 18/3 61 Bl. XXVII. 288.

[16] Forstgesetz Art. 25.

[17] Erk. 18/3 61 Bl. XXVII. 265.

[18] Erk. 31/10 42 Bl. VIII. 411. Vgl. oben § 162, 23.

[19] Forstgesetz Art. 96. Ueber die noch weiter gehenden Beschränkungen bei Bauholzrechten vgl. unten Note 46.

bestimmten jährlichen Maaßes, für welches die Durchschnittsergebnisse der letzten zehn Jahre und in Ermanglung solcher die Gutachten Sachverständiger entscheidend sind. Ist nach der Natur der Berechtigung die Festsetzung eines bestimmten jährlichen Maaßes nicht möglich [20], so geschieht die Umwandlung durch Feststellung der einzelnen bei der Ausübung in Betracht kommenden Momente nach dem zur Zeit der Fixirung anzuwendenden Maaßstab. Die Fixirung erfolgt durch die Forstbehörden. Wird bei der Verhandlung das Recht selbst oder dessen Umfang streitig, so sind die Betheiligten auf den Rechtsweg zu verweisen [21].

3. Der Eigenthümer darf Rodungen nur mit Einwilligung der Forstberechtigten vornehmen [22]. Dagegen ist er durch die Forstberechtigungen in den durch die Boden- und klimatischen Verhältnisse gebotenen Veränderungen der Holz- und Betriebsarten nicht gehindert [23]. Beabsichtigt der Eigenthümer eine Veränderung der Betriebsart, mit welcher die Ausübung der Berechtigung in der bisherigen Art nicht vereinbar ist, so hat er eine Entscheidung der Forstpolizeibehörde zu erwirken, welche, wenn sie die beabsichtigte Aenderung für statthaft erklärt, die Entschädigung des Berechtigten durch Umwandlung des bisherigen in einen anderen entsprechenden Forstnutzungsbezug andernfalls durch Bestimmung eines Geldbetrags festzustellen hat. Die Betretung des Rechtswegs innerhalb drei Monaten ist hier nur gegen den Ausspruch über die Entschädigung gegeben, und steht beiden Theilen zu [24].

4. Die in eine Geldleistung verwandelten Forstberechtigungen können von dem Verpflichteten durch Erlegung des zwanzigfachen Betrags der Geldleistung abgelöst werden [25]. Eine Ablösung der nicht

---

[20] In diese Kategorie gehören die meisten ungemessenen Berechtigungen namentlich das Recht auf Bauholz und Windbrüche und das Weiderecht in Waldungen Bl. f. A. Pr. V. 337 f. Brater, Comment. 450. S. eine derartige Verhandlung Bl. f. A. Pr. XVI. 141.

[21] Forstgesetz Art. 27. Besondere Grundsätze gelten bei Bestimmung des Weiderechts unten Note 53.

[22] Forstgesetz Art. 35, 3. Ueber die Frage ob sich dieß auch auf das Weiderecht erstrecke vgl. unten Note 51.

[23] Forstgesetz Art. 24.

[24] Forstgesetz Art. 26 und 33. Die Verweisung auf Art. 25 Absatz 5 und 6 kann sich hier nur auf den Berechtigten beziehen, da der Verpflichtete eine Klage nur gegen diejenigen Berechtigten hat, denen durch die Forstpolizeibehörde eine Entschädigung zugesprochen ist.

[25] Forstgesetz Art. 29.

in eine Geldleistung verwandelten Forstberechtigungen kann in der Regel nur im Wege der Uebereinkunft beider Theile vollzogen werden [26]. Ausnahmsweise ist die einseitige Ablösung fixirter Forstberechtigungen dem Verpflichteten gestattet:

a. bei Holzberechtigungen durch volle Entschädigung mittelst Abtretung eines von Rechten Dritter freien Theils des belasteten Waldes, wenn der abzutretende Waldtheil nach Lage und Größe eines forstwirthschaftlichen Betriebs fähig bleibt und den Bedarf der bisherigen Holzberechtigung nachhaltig deckt, wobei Gegenleistungen durch die Forstbehörde in eine jährliche Geldabgabe verwandelt werden, und die Natur eines auf dem abgetretenen Waldtheil ruhenden und im zwanzigfachen Betrag ablösbaren Bodenzinses annehmen.

b. bei Forstberechtigungen solcher Berechtigten, die bei dem Eintreten der Wirksamkeit des Ablösungsgesetzes 4/6 1848 zu dem Besitzer des belasteten Waldes in dem Grundbarkeitsverband standen, in soweit dieß nicht der Staat war, durch Erlegung des durch die Forstpolizeibehörde festzustellenden Capitalwerthes, oder wenn sie in jährlichen Bezügen bestehen durch Erlegung des zwanzigfachen durch die Forstbehörde festzustellenden Geldanschlags derselben, wobei Gegenreichnisse durch die Forstbehörde in eine jährliche Geldabgabe umgewandelt und im zwanzigfachen des jährlichen Betrags an dem Entschädigungskapital in Abrechnung gebracht werden.

Die Instruktion der Ablösungsgesuche steht den Forstpolizeibehörden zu, wobei jedoch den Betheiligten, die sich über die beantragte Ablösung nicht vereinigen, der Rechtsweg offen steht [27].

5. Natural- Holz- oder Waldfrohnen, welche nicht die Eigenschaft von Gegenleistungen für forstrechtliche Nutzungen an sich tragen, sind ohne Entschädigung aufgehoben [28]. Natural- Holz- oder Waldfrohnen, welche die Natur von Gegenleistungen für noch bestehende oder abgelöste Nutzungen haben, werden auf Anrufen eines Betheiligten durch die Forstpolizeibehörde in eine jährliche Geldabgabe verwandelt, welche von dem Verpflichteten durch Erlegung des zwanzigfachen Betrags abgelöst werden kann [29].

---

[26] Forstgesetz Art. 30.
[27] Forstgesetz Art. 30.
[28] s. einen Rechtsfall Erk. 20/12 59 Bl. XXV. 53.
[29] Forstgesetz Art. 32.

6. Vom 1. Januar 1853 an können neue dingliche Forstberechtigungen nicht mehr erworben werden [30].

Als die einzelnen bei uns vorkommenden Forstberechtigungen sind anzuführen:

I. Das Beholzigungsrecht (jus lignandi) [31]. Das Recht auf Lieferung einer bestimmten Holzquantität kann auch als Reallast constituirt sein [32]; in der Regel ist sie eine Dienstbarkeit und zwar eine persönliche [33] oder Grunddienstbarkeit [34]. Diese Eigenschaft wird auch dadurch nicht alterirt, daß die Fällung des Holzes nur durch den Verpflichteten geschieht, daß der Berechtigte das zu beziehende Holz sich anweisen lassen muß, und eine Recognition zu entrichten hat [35]. Die

---

[30] Forstgesetz Art. 34. Durch diese Bestimmung ist die Vollendung der gewöhnlichen Verjährung ausgeschlossen Brater, Comment. 472. Bestritten ist aber ob sich dieß auch auf die unvordenkliche Verjährung erstrecke oder ob der Lauf der letzteren durch diese Bestimmung nicht unterbrochen werde; dafür Erk. 16/2 67 Bl. XXXI. 191; dagegen Bl. XXXIII. 17 f. und Erk. 9/3 69 Bl. XXXIV. 253.

[31] Vgl. Mittermair, Pr.R. § 171. Beseler, Pr.R. § 195. Förster, P. P.R. § 187, 159 f. Ueber die Rechtsverhältnisse des Nürnberger Reichswaldes auf welchen sich das unten Note 32 erwähnte Erkenntniß bezieht vgl. Meyer Ch. der .,. . Stand . . . . der Waldungen und Jagden in Deutschland Nürnberg 1851.

[32] Vgl. Beseler, Pr.R. § 196, 20 und unten § 175 13.

[33] A. Erk. 24/10 54 Bl. XXI. 225 über die Nürnberger Forstrechte. Durch Vertrag unter den Betheiligten ist anerkannt, daß das Holzrecht auch als Personalservitut für die Bürger ohne Hausbesitz begründet war. Auch Kreittmayr Anm. 1 c zu L.R. II. 8. 15. setzt die Möglichkeit der Bestellung als Personalservitut voraus.

[34] Erk. 24/10 54 Bl. XXI. 228 ist ausgesprochen, daß das Holzrecht als Grunddienstbarkeit anzusehen sei, wenn es aktiv auf einem Grundstück hafte, wenn auch die römischrechtliche Voraussetzung der Nachbarschaft der Grundstücke fehle, die sich bei den Forstdienstbarkeiten überhaupt nicht finde.

[35] Vgl. unten § 175, 7 und 8. Pfeiffer, Prakt. Ausf. VIII. 179. Kreittmayr, Anm. 1. c. zu L.R. II. 8. 15: Manchen Ortes ist solches in fremdem Gehölz gratis und ohne Entgelt anderer Orten aber gegen Bezahlung oder gewisse Recognition hergebracht . . . welche letztere gemeiniglich nur in einem sehr geringen Wald- oder Forstzins an Geld Haber und dergleichen Gaben bestehet. A. Erk. 25/10 54 Bl. XXI. 230; Erk. 28/3 66 Bl. XXXI. 368. In der Regel ist die Recognition eine Abgabe die mit dem Werth des Holzes in keinem Verhältniß steht. Es kann aber auch das Recht, Holz um die Forsttaxe zu beziehen, als dingliches Recht constituirt sein Pfeiffer, Prakt. Ausf. VIII. 180; Bülow und Hagemann, Prakt. Erörterungen VII. 60; Erk. 13/6 46 Bl. XIII. 286.

Dienstbarkeit unterscheidet sich jenachdem sie auf Brennholz Bauholz oder Fallholz [36] gerichtet ist; häufig finden sich alle vereinigt [37]. Ist die Holzgattung bestimmt, so ist die Ausübung von dem Vorhandensein derselben auf dem dienenden Grundstück abhängig [38]. Der Holzberechtigte muß die Servitut in den festgesetzten [39] oder aus den Umständen sich ergebenden [40] Zeiträumen ausüben; eine Nachforderung für die vergangene Zeit ist nicht statthaft, insoferne der Verpflichtete nicht in Verzug sich befindet [41]. Der Umfang der Holzberechtigung kann der Quantität nach bestimmt [42] oder unbestimmt sein. Ist der

---

[36] Man unterscheidet Raff- und Leseholz, Stockholz und Windbrüche. Mittermair, Pr.R. § 171, 16. Förster, P. P.R. § 187, 168—170. Brater, Comment. 454 und 548. Bl. f. A. Pr. V. 351. C.C.E. 16/11 58 Moritz II. 520.

[37] Mittermair, Pr.R. § 171, 9. Förster, P. P.R. § 187, 167.

[38] Pr. L.R. I. 22. 231—234. „Ist der Holzungsberechtigte nur auf eine gewisse Holzart eingeschränkt, so hört sein Recht auf, wenn die bestimmte Holzart in dem Walde nicht mehr anzutreffen ist. Er kann jedoch den Eigenthümer zur Wiederanpflanzung dieser Holzart anhalten. Hat der Eigenthümer den Mangel durch seine Schuld verursacht, so muß er den Berechtigten auf solange, bis der Bedarf desselben von der bestimmten Art im Walde wieder vorhanden ist, entschädigen. Diese Entschädigung muß der Regel nach durch Holz von anderer Art, nach einem durch Forstverständige zu bestimmenden Verhältnisse, wenn aber auch dergleichen nicht vorhanden ist, in baarem Gelde geleistet werden." Mittermair, Pr.R. § 171, 11. Förster, P. P.R. § 187, 176. Es folgt dieser Grundsatz aus der rechtlichen Natur der Servitut. Der Berechtigte ist in Bayern durch die Bestimmungen des Forstgesetzes oben Note 22 zwar gegen Beeinträchtigung seiner Berechtigung durch Veränderung der Betriebsart von Seite des Verpflichteten geschützt, dagegen muß der oben erwähnte Grundsatz Anwendung finden, wenn die betreffende Holzart durch eine andere Veranlassung ausgeht. Die Bestimmung der Holzart bewirkt Selbstständigkeit der Dienstbarkeit; Erk. 6/6 62 Bl. XXVII. 377 ist daher ausgesprochen, daß wenn eine Dienstbarkeit für zwei bestimmte Holzarten begründet sei, jede derselben abgelöst werden könne.

[39] Dieß ist der Fall bei Forstdienstbarkeiten die auf jährlicher Ausübung beruhen, wie der Brennholzgerechtigkeit und dem Streurecht.

[40] Dieß findet sich namentlich bei Bauholz unten Note 44 und Windbrüchen oben Note 36.

[41] Pr. L.R. I. 22. 204. Förster, P. P.R. § 187, 161, Mittermair, P.R. § 171, 13.

[42] Das Recht kann sich auch auf alle auf dem dienenden Grundstück befindlichen Bäume erstrecken, so daß der Berechtigte das ausschließliche Recht der Holznutzung hat Erk. 21/6 51 Bl. XVIII. 60; oder auf den ganzen Holzertrag mit Ausnahme einer besonders bestimmten Quantität Erk. 13/3 52 Bl. XVII. 153, sowie auf alle Bäume einer bestimmten Gattung z. B. Eichen Erk. 20/6 51 Bl. XVII. 331. Sonst steht regelmäßig dem Eigenthümer das Recht der Mitbenützung zu. Mittermair, P.R. § 171, 17; Förster, P. P.R. § 187, 173.

Umfang unbestimmt, so richtet er sich bei Brennholz und Leseholz nach dem wirthschaftlichen Bedürfniß auf dem berechtigten Grundstück zur Zeit der Begründung der Dienstbarkeit [43], bei Bauholz [44] nach dem jedesmaligen Bedarf, welchen der Berechtigte nachzuweisen hat [45]. Streitigkeiten über den Bedarf hat die Forstpolizeibehörde vorbehaltlich des Rechtswegs zu entscheiden. Der Berechtigte muß überdieß das abgegebene Bauholz innerhalb zweier Jahre von der Abgabe an verwenden und die Verwendung auf Verlangen des Verpflichteten nachweisen, bei Zuwiderhandlung aber den Werth ersetzen, über welche Ersatzpflicht die Civilgerichte zu entscheiden haben [46].

II. Das Streurecht besteht in der Befugniß abgefallenes Laub Nadeln und Moos zur Verwendung als Streu in den Viehställen in einem fremden Wald zu sammeln [47]. Der Berechtigte ist verbunden sich nach der Anweisung des Verpflichteten zu richten [48]. Ist der Umfang der Berechtigung nicht bestimmt, so gewährt sie die Befugniß des Streurechens nach dem wirthschaftlichen Bedürfniß des herrschenden Grundstücks zur Zeit der Begründung der Dienstbarkeit [49].

III. Das Weiderecht in Waldungen [50] ist nicht nach den Bestimmungen des Weidegesetzes sondern nach denen des Forstgesetzes zu beurtheilen; daher ist auch der Verpflichtete bei Rodungen an die Einwilligung des Weideberechtigten gebunden [51]. Die Waldweide darf

---

[43] Pr. L.R. I. 22. 205 und 206. Mittermaier, Pr.R. § 171, 7. Förster, P. P.R. § 187, 161 f. Der Berechtigte darf den Umfang bei willkürlicher Vergrößerung seines Anwesens nicht ausdehnen Erk. 31/10 42 Bl. VIII. 411.

[44] Ueber den Begriff und seine Beschränkung Erk. 17/8 58 Bl. f. A. Pr. XIV. 257.

[45] Forstgesetz Art. 28.

[46] Forstgesetz Art. 28.

[47] Mittermair, P.R. § 171, 34. Förster, P. P.R. § 187, 180.

[48] Forstgesetz Art. 84. „Wer unbefugter Weise oder in den hiezu nicht angewiesenen Waldorten grünes oder trockenes Laub Nadeln oder Moos holt wird neben dem Ersatz des Werths und eines Drittheils desselben für Schaden mit einer dem Werthe gleichen Geldstrafe belegt.“ Erk. 26/5 56 Z. f. G.G. III. 242 ist ausgesprochen daß sich dieß auch auf die Dienstbarkeit des Streurechens beziehe.

[49] Erk. 31/10 42 Bl. VIII. 411.

[50] Die Alpenweide und die Weide in Waldungen für welche gleiche Rechtsverhältnisse und Ordnungen bestehen, richtet sich nicht nach dem Forstgesetz sondern nach den dafür bestehenden besonderen Ordnungen. Forstgesetz Art. 44.

[51] Forstgesetz Art. 35, 3. Pözl, Comment. zum Weidegesetz 395 und Brater

nur unter Aufsicht eines Hirten und nicht nach Sonnenuntergang und vor Sonnenaufgang [52] auch nicht in Junghölzern, Schlägen und Holzanflügen geübt werden. Bei planterweisem Waldbetrieb hat die Forstbehörde die höchste Zahl des einzutreibenden Weideviehs zu bestimmen [53].

§ 167.

III. Dienstbarkeiten an Grundflächen.

Die Gesetze erwähnen mehrere Dienstbarkeiten deren Inhalt dahin geht, bestimmte Materialien dem dienenden Grundstück entnehmen zu dürfen, so namentlich das Recht Steine zu brechen [1], Lehm [2] und Torf [3] zu stechen, Sand zu graben [4], Kalk zu brennen [5]; ferner das dienende Grundstück zur Führung einer Wasserleitung zu benützen [6]. Für diese Servituten gilt der Grundsatz, daß der Berechtigte, wenn nicht ein gewisser Distrikt von vorneherein bestimmt ist, die Anweisung des Verpflichteten zu befolgen hat [7].

Comment. zum Forstgesetz 438 nehmen an, daß der Eigenthümer der Einwilligung des Weideberechtigten nicht bedürfe, da ihm nach Weidegesetz Art. 5 jede Veränderung der Kulturart erlaubt sei; s. dagegen Bl. f. A. Pr. XIV. 283 f. wo mit Recht hervorgehoben ist, daß, da nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift die Waldweide nach den Bestimmungen des Forstgesetzes sich richte, die Anwendbarkeit des Art. 35, 3 keinem Zweifel unterliegen könne.

[52] Erk. 9/6 57 Bl. XXIII. 55 ist ausgesprochen daß es dagegen keine befreiende Lokalgewohnheit gebe.

[53] Forstgesetz Art. 43.

[1] l. 6. § 1. D. 8. 3. V. 3/7 1812 oben § 141, 13. Bayr. L.R. II. 8. 16. Pr. L.R. I. 22. 241. Wassergesetz Art. 15. Erk. 26/4 48 Bl. XVII. 377.

[2] Bayr. L.R. II. 8. 16. Pr. L.R. I. 22. 241. Erk. Berlin 20/2 51 Sf. V. 142.

[3] Erk. 1/2 61 Bl. XXIX. 237 ist das Recht des Torfstechens als Dienstbarkeit aufgefaßt. Dem Berechtigten war hier die ausschließliche Ausbeutung des Torfstichs verliehen.

[4] § 2. J. 2. 3. Bayr. L.R. II. 8. 16. Pr. L.R. I. 22. 241. Wassergesetz Art. 15.

[5] § 2. J. 2. 3. Bayr. L.R. II. 8. 16. Pr. L.R. I. 22. 240.

[6] Wassergesetz Art. 89.

[7] Pr. L.R. I. 22. 242.

§ 168.

VI. Gebäudedienstbarkeiten [1].

Die Gebäudedienstbarkeiten des römischen Rechts beruhen auf der Voraussetzung, daß dem Eigenthümer regelmäßig die Befugniß zustehe, auf seinem Grund beliebig Gebäude aufzuführen, und daß er nur alle Veranstaltungen zu unterlassen habe, welche eine Ueberschreitung der Eigenthumsgrenze enthalten, insoferne nicht durch Servituterrichtung die Zuläßigkeit zugestanden sei. Dieses Verhältniß ist in dem deutschen Recht dadurch modificirt, daß dieses in Folge des Nachbarrechts das Eigenthum mehr beschränkte als dieß nach römischem Recht der Fall war [2], was namentlich durch die Bauordnungen für die Verhältnisse der städtischen Grundstücke näher bestimmt wurde [3]. Von der Beobachtung solcher Eigenthumsbeschränkungen kann aber zweifellos durch Bestellung einer Dienstbarkeit befreit werden [4], und es sind daher Gebäudedienstbarkeiten nach unserem Recht auch gegen die Beschränkungen der älteren Bauordnungen möglich. Als die wesentlichsten Gebäudedienstbarkeiten sind jetzt folgende aufzuführen:

I. Bauverbote. Schon das römische Recht kennt die gesetzliche Dienstbarkeit, daß der Eigenthümer kein Gebäude errichten darf, durch welches der Dreschtenne des Nachbars der Luftzug entzogen wird [5]. Als Dienstbarkeitsbestellung kennt das gemeine Recht das

---

[1] Glück, Comment. X. 68 f. Elvers, Servituten § 45—49. Windscheid § 211 a. Seuffert, Pandekten § 164. Beseler, Pr.R. § 93. Bekker, die gesetzlichen Eigenthumsbeschränkungen Jahrb. V. 149 f. Vgl. oben § 126.

[2] Ausnahmen gab es insoferne schon nach römischem Recht, als nach diesem gesetzliche Servituten die Möglichkeit von Anlagen überhaupt ausschließen konnten, so bei den Legalservituten gegen Verbauen der Aussicht auf das Meer, des Luftzuges einer Tenne, und der Anlegung von Gräbern bei Häusern. Bekker, Eigenthumsbeschränkungen 202.

[3] Vgl. oben § 121, 6 f.

[4] Vgl. oben § 121, 10.

[5] l. 14. § 1. Cod. 3. 34. Bekker, Eigenthumsbeschränkungen 191. Windscheid § 169, 14. Die früher angenommene Ausdehnung auf Windmühlen erklärt für unzuläßig Erk. Celle 1868 Sf. XVI. 98. Das Pr. L.R. II. 15. 247 kennt diese Servitut nur in Bezug auf Windmühlen und schließt nur Baumpflanzungen aus, was jetzt in der preußischen Praxis wörtlich ausgelegt wird, während man früher auch die Errichtung von Gebäuden dadurch ausgeschlossen glaubte. Förster, P. P.R. § 170, 54.

Aussichtsrecht (servitus ne prospectui officiatur oder prospectus), die Befugniß zu verlangen, daß auf dem dienenden Grundstück alle Anlagen unterbleiben, welche die Aussicht von dem herrschenden Grundstück aus beeinträchtigen [6].

II. Baubeschränkungen. Als gesetzliche Dienstbarkeiten sind in unseren Statuten folgende begründet: Nach Preußischem Landrecht dürfen neue Gebäude nur drei Werkschuh entfernt von bereits stehenden Gebäuden des Nachbars errichtet werden [7]. Nach der Augsburger Bauordnung darf der Eigenthümer seine Traufgerechtigkeit nicht verbauen, wenn das Gebäude auf dem Nachbargrundstück die Traufgerechtigkeit hat, das heißt, zwei Fuß von der Grenzlinie absteht [8], und nach Regensburger Recht muß der Eigenthümer bei Neubauten von dem Nachbarhaus, in dessen Seitenwand sich Fenster befinden, drei Fuß Abstand beobachten [9]. Hieher ist auch die Bestimmung zu rechnen, daß Anlagen in einer gemeinschaftlichen Mauer, welche der Miteigenthümer bis zur Hälfte einseitig machen kann, so eingerichtet werden müssen, daß sie nicht auf diejenigen treffen, die der Nachbar auf

---

[6] l. 15. D. 8. 2. Glück X. 127. Seuffert, Pandekten § 164, 13. Bayr. L.R. II. 8. 7. Pr. L.R. I. 22. 62. Vgl. unten Note 44.

[7] Pr. L.R. I. 8. 139. Förster, P. P.R. § 170, 27.

[8] Augsburg B.O. II. 3. § 35. „Wann jemand in oder außer der Stadt gegen seinen Nachbar einen Bau führen will, da dieser Liecht- und Traff-Gerechtigkeit hat, und der Bau kein Neidbau wäre, so solle der, so den Bau führet, auf seinem eignen Grund zwei Stadt-Werk-Schuh hinter sich fahren, und gegen seinen Nachbar liegen lassen, damit demselben seine Liecht- und Traff-Gerechtigkeit frei und zwischen ihnen beiden vier Schuh weit Raum gelassen bleibe.“ Vgl. unten Note 30.

[9] Regensburg W.G.O. XIII. 3 und 4. „So aber auf der seiten gegen einem anstoßenden Nachbarn da zwischen kein gemeine Straffen oder Gassen wäre demselben Nachbarn sein Licht oder Luft, das er zuvor an solcher seiten in seine Behausung gehabt und ohne merklichen sein Schaden nicht gerathen könnte, benommen oder vermacht wurde, da soll derjenige, wie ob stehet, der bauen will, von desselben Wand drei Werkschuh weit Luft und Licht lassen. Wann aber der Nachbar eine blinde Wand oder Mauer hette, darinnen kein offenes Fenster were, an derselben Wand oder Mauer mag der ander nach vorgehender begrüssung des Nachbarn und vorwissen des Wachtherrn mit seinem Bau wohl auffahren bis zu der obberührten höhe. Gleichwol aber ist hierin zu wissen, wann einem solches durch vertrag oder in andere weeg mit vorwissen und begonstigung E. Erb: Raths benommen und abgestrickt were, daß es bei demselben bleiben und anderst dann mit gutem willen die Nachbarn darwider nicht gehandelt werden solle.“

der entgegenstehenden Seite bereits angelegt hat [10]. Auf einer Dienstbarkeitsbestellung beruht die servitus altius non tollendi, welche das Recht gewährt zu verlangen, daß der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht über eine bestimmte Höhe baue [11].

III. Lichtrecht. Gemeinrechtlich hat der Eigenthümer das Recht Fenster auch nach der Seite des Nachbars anzulegen, auch wenn er auf der Grenze baut, kann jedoch das Verbauen derselben nicht hindern [12]. Hiegegen kann er sich durch Dienstbarkeitsbestellung schützen (servitus ne luminibus officiatur) [13]. Hievon unterscheiden sich diejenigen Statuten, welche die Anlage von Fenstern nach der Seite des Nachbarn beschränken, indem sie diese ganz verbieten oder nur unter gewissen Voraussetzungen zulassen. Das Rechtsverhältniß ist dabei folgendes:

1. Die Statuten von Nürnberg Amberg und Mainz verbieten die Anlage von Fenstern nach der Seite des Nachbarn, insoweit nicht eine besondere Befugniß dazu vorliegt [14]. In dem Nürnberger Recht

---

[10] Pr. L.R. I. 8. 136. Nürnberg Ref. XXVI. 7. Regensburg, W. G.O. XV. 3. Ulm B.O. VIII. 9. Augsburg B.O. Cap. III. § 3.

[11] Glück, Comment. X. 77. Seuffert, Pandekten § 164, 16. Bayr. L.R. II. 8. 4 und 5. Bekker, Eigenthumsbeschränkungen 190 ist geneigt in den Bestimmungen l. 30. D. 7. 1 und l. 10. D. 8. 2 die Anordnung einer Lichtservitut zu sehen; dieß dürfte jedoch kaum daraus zu folgern sein. In beiden Fällen ist dem Erben untersagt, das Licht des Nachbarhauses gänzlich zu verbauen, welches durch Legat einem andern zu Nießbrauch oder Eigenthum überlassen ist. Diese Entscheidung läßt sich indeß ebensogut daraus erklären, daß hier die stillschweigende Errichtung einer Servitut bei Veräußerung des einen Grundstücks angenommen wird; für die Annahme einer gesetzlichen servitus altius non tollendi finden sich wenigstens sonst keine Anhaltspunkte.

[12] Pfeiffer, Praktische Ausführungen IV. 4 f. Vgl. oben § 126, 2.

[13] l. 4. D. 8. 3. Glück, Comment. X. 93. Vangerow § 342, Anm. 1, 2. Seuffert, Pandekten § 164, 4. Davon verschieden ist die servitus luminum, das Recht der Fensteröffnung in einer fremden oder gemeinschaftlichen Mauer unten Note 50.

[14] Nürnberg Ref. XXVI. 3. 1. Mainz L.O. VII. 34 oben § 126, 8. Amberg B.O. Art. 7. „So soll nun fürter niemand allhie, er hab trupfenrecht oder nicht, in seinen gibel oder maurn, die sich nach seines nachparn haus dirigirt und lendet, ausserhalb einfallender liecht, einig fenster, daraus er seines nachparn handlung und thun in dem seinen sehen und und erfaren möge, machen, es sei dann, das sein nachpar ihme umb merers liechts willen eins oder mehr fenster dermassen zu machen begönstigte, oder das an dem ort zuvor lenger dann dreissig jar ein offen fenster gewesen ....“

ist dieß näher dahin festgestellt, daß dieß in doppelter Weise geschehen könne, durch Einräumung einer Dienstbarkeit [15] oder durch dreißigjährige stillschweigende Duldung des Nachbars [16], welch letzteres Verhältniß jedoch das Verbauen von Seite des Nachbars nicht hindert [17], während in dem ersteren Fall die gemeinrechtliche Dienstbarkeit gegeben ist [18].

2. Die Statuten, welche das Licht- und Traufrecht zusammenfallen lassen [19], regeln das Verhältniß des ersteren hiernach in folgender Weise:

---

[15] Ref. XXVI. 3. 1. „er hab denn desselben ain bedingte beweisliche Gerechtigkeit."

[16] Ref. XXVI. 3, 2. „Es were dann, das ainer mit gedulden des Nachpaurn, ausserhalb ains Revers oder vergunsts, solche Trüpf oder Liecht dreißig Jar lang herpracht ruigklich gehabt und gepraucht hete, und solchs genugsamlich beweisen möcht, so soll er dabei beleiben, und dieselben auf seins Nachpaurn ersuchen abzuthun oder zuzumachen nit schuldig sein. Doch das er keinerlei unsaubrigkeit herausgieß oder werf."

[17] Ref. XXVI. 3. 3. „Wo aber der Nachpaur auf seinen grund und poden zu seiner noturft aufpauen wolt, und solche Licht oder Trüpfen verhindern oder verpauen wurde, das soll er zu thun macht haben, ungeacht das es die dreißig oder mer Jahr geduldet worden." Der Ausdruck zu seiner Nothdurft ist nicht als Voraussetzung eines absoluten Bedürfnisses sondern nur als die eines wirklichen Bedürfnisses im Gegensatz zu einer Bauführung aus bloßer Liebhaberei auszulegen. Erk. 20/8 70 Bl. XXXV. 351. In Erk. 13/12 70 Bl. XXXVI. 95 ist ausgeführt, daß der dreißigjährige ruhige Besitzstand den Eigenthümer der Mauer nur in die Lage versetze, in der er sich nach gemeinem Recht befinde, daß er nämlich Fenster nach der Seite des Nachbars haben könne, die dieser jedoch durch Bauführungen auf seinem Grund und Boden beliebig verbauen dürfe. Das gleiche Verhältniß ist für die Bestimmung der Amberger B.O. Art. 7 oben Note 14 anzunehmen. In Erk. Berlin 9/1 43 Sf. II. 139 ist ausgesprochen, daß die Ersitzung der Freiheit von der partikularrechtlichen Beschränkung der Fensteranlegung nach der Nachbarseite nicht an sich die Ausschließung des Nachbars von dem Recht des Anbauens enthalte, daß das letztere vielmehr besonders begründet sein müsse.

[18] Die gleiche Unterscheidung der Servituteinräumung und des dreißigjährigen Besitzstandes macht Amberg B.O. Art. 7 oben Note 14.

[19] Vgl. oben § 126, 9 wo auf diese Gesetze als Eigenthumsbeschränkungen begründend bereits verwiesen ist. Ich gebe erst hier die zusammenhängende Darstellung des ganzen Rechtsverhältnisses. Auch das Nürnberger Recht scheint hieher zu gehören, da die Bestimmung Ref. XXVI. 3, 9: „So aber einer von neuen pauen und hinter sich ainige Liecht oder Trupfen haben wollt der soll zu einer Reihen nit weniger denn drei Stadtschuh ungepaut liegen lassen" mit dem

a. Wer in der gesetzlichen Entfernung von der Grenze baut, kann Fenster anlegen und zwar nach den Bauordnungen von München [20] Regensburg [21] und Würzburg [22] unbeschränkt, nach den Bauordnungen von Ulm [23] Memmingen [24] und Augsburg [25] vergittert.

Verbot der Fensteranlegung in Ref. XXVI. 3, 1 in Widerspruch steht. Allein es dürfte dieß nur von den Schlitzfenstern oder „einfallenden Liechten" zu verstehen sein, deren Anlegung auf Seite des Nachbars die Reformation XXVI. 3, 4 gestattet, ohne den Nachbarn am Verbauen zu hindern.

[20] München B.O. Art. 28. „Item ain jeder mag auf seinen aigen grundt nach seiner notturft wol pauen, doch anderhalben schuech sol er ligen lassen, wo er ain tropffstal laitten will, das er das wasser auf seinen aigen grundt keren und füeren soll." Art. 33. „Item welcher Tropffstal hat der mag darunter Liecht haben." Das Recht der Fensteranlage ist unbeschränkt. Die Entfernung beträgt einen und einen halben Fuß. Auer, Einleitung CIV.

[21] Regensburg W.G.O. XVIII. „Wer von neuem bauen und hinter sich Liecht oder Dachtropff haben oder behalten will, derselbig soll nicht weniger dann drei Werkschuh gegen seinen Nachbarn zu einer Rinnen lassen." Das Gesetz enthält keine nähere Bestimmung. Da indessen wie unten Note 36 gezeigt der Eigenthümer auf der Grenze vergitterte Fenster anlegen darf, so kann, wenn er die Entfernung von drei Fuß einhält, die Fensteranlegung nicht beschränkt sein.

[22] Würzburg B.O. IV. 1. „Wer eine eigene Mauer und darauf ein Dach mit Triefrecht hat, der darf darein nach Belieben Luft- und Lichtlöcher machen lassen, wann er schon durch solche Fenster und Oeffnungen seinem Nachbarn in das Haus Hof oder Garten sehen kann." Dieß erstreckt sich jedoch nicht auf Giebelmauern, in welchen der Eigenthümer ohne Einwilligung des Nachbarn keine Fenster anlegen kann. B.O. III. 1. „Es ist eine alte, von vielen hundert Jahren her beobachtete Regel, daß ein Giebel kein Luft- noch Licht- noch Winkelrecht habe und mit sich bringe, daher auf jener Seite eines Hauses, wo eine Giebelmauer gegen den Nachbarn stehet, darf der Besitzer des Hauses ohne seines Nachbarn Einwilligung weder Luft- noch Lichtlöcher und gar keine Fenster auch unten am Boden keine Thüre ausbrechen einrichten noch behalten, und legt ihm kein Winkelrecht bei, daher ist es dem Nachbar erlaubt an jene Giebelmauer anzubauen und senkelrecht aufzufahren." Die Ersitzung des Rechts zur Fensteranlage in Giebelmauern gewährt noch nicht ein Verbietungsrecht gegen das Anbauen des Nachbarn Erk. 26/11 66 und 29/12 68 Bl. XXXV. 267.

[23] Ulm B.O. X. 3. „Hätte aber einer gegen seines Nachbarn Hauß Hof oder Garten Trauffrecht, so ist er wol befugt seiner Gelegenheit nach Liechter gegen solchem seinem Nachbarn zu richten, entgegen aber schuldig, auf jederzeit begehren seines Nachbarn (sonderlichen wo er mit außschütten, außwerffen oder in andere Weg sich Unnachbarlichen verhalten sollte) alle Liechter ausserhalb der Stuben und Rohrlöcher der Stattrecht nach mit eisernen Gätter da die Sprossen eines Halben Schuchs weit Creutzweiß von einander zu vergättern und auf seinen selbs Kosten zu underhalten." X. 4. „Da aber ihme der Nachbar die Bewilligung

b. Der Eigenthümer kann sein Traufrecht verbauen, und zwar unbeschränkt nach den Bauordnungen von München [26], Würzburg [27], Ulm [28] und Memmingen [29], nach Augsburger Recht jedoch nur, wenn nicht bereits ein Haus mit Traufgerechtigkeit auf dem Nachbargrundstück steht [30], und nach Regensburger Recht nur wenn nicht bereits ein Haus mit Fenstern auf der Grenze steht [31].

c. Bei dem Bauen auf der Grenze darf der Eigenthümer nach den Bauordnungen von Ulm und Memmingen nur blinde Mauern aufführen [32]; nach Münchner Recht darf er einfallende Lichte [33]

---

thäte solche Liechter mit hültzenen Gättern zu vermachen solle ihme dasselbige auch zugelassen sein, doch daß er solche hültzen Gätter wol vernageln solle damit selbige nicht wider hinweg gethan werden mögen: da er sich aber nicht Nachbarlich verhielte und der Nachbar sich deßwegen beklagen wurde, so solle er schuldig sein die hültzenen Gätter hinweg zu thun und an statt derselben der Stattrecht nach eyserne Gätter machen zu lassen."

[24] Memmingen B.O. XIV. 3 und 4 ist mit Ulm B.O. X. 3 und 4 wörtlich gleich.

[25] Augsburg B.O. II. 3. 38. „Wann nun einer mit solchem neuen Bau seines Grunds zwei Werkschuh gewichen, also daß zwischen ihm und seinem Nachbar ein leerer Platz oder Reihe von vier Werkschuh liegen geblieben, so darf der, so den neuen Bau geführt, nicht allein sein Traff auf seine zwei Schuh fallen lassen oder einen Rust anhängen, sondern auch Liechter nach Nothdurfft einsetzen, doch daß sie nicht gerad gegen seines Nachbars Liechter überstehen, sondern abweichen und vergättert sein."

[26] Auer, Einleitung C.

[27] Würzburg B.O. IV. 2. „Würde aber einer mit solchen Mauern sein Winkelrecht verbauet haben, so muß er nebst dem, daß er, wie oben § 5 von dem Dach gesagt worden, seinen Dachtrief selbst ausführe, auch noch ferner die in diese seine Mauer zu machende Fenster nach Stadtrecht vergittern, d. i. die Gitter müssen vier Zoll hoch und vier Zoll weit sein."

[28] Ulm B.O. X. 5. „Wollte aber der Inhaber des Hofs oder Gartens solchen seinen Platz dessen er dann (wo derowegen nicht sondere Brief so ihme solches verbieten vorhanden) wol Fug und Macht hat mit samt seinem habenden Traufrecht verbauen, so soll er seinem Nachbarn, so also Traufrecht gegen ihme hat, zween hiesiger Werkschuh liegen lassen und schuldig sein eine blinde steinerin Giebelmauer gegen seinem Nachbarn aufzuführen."

[29] Memmingen B.O. XIV. 5. ist wörtlich gleich mit Ulm B.O. X. 5.

[30] Augsburg B.O. II. 3. 35 oben Note 8. Steht kein solches Gebäude da, so kann der Eigenthümer sein Traufrecht verbauen B.O. II. 3. 36.

[31] Regensburg W.G.O. XIII. 3 und 4 oben Note 9.

[32] Ulm B.O. X. 5 und Memmingen B.O. XIV. 5 oben Note 28 und 29, dann Ulm B.O. XII. 2 und Memmingen B.O. XVI. 2. „Wäre der Winkel vier

nach Würzburger Recht [34] vergitterte Fenster anbringen. Das letztere scheint auch dem Augsburger Recht zu entsprechen [35]. Nach Regensburger Recht darf er vergitterte Fenster anbringen, insoferne nicht früher bestandene Fenster vermauert worden sind [36].

d. Wer sein Traufrecht verbaut hat, kann den Nachbar nicht hindern auf der Grenze zu bauen, demnach auch die Fenster in der Nachbarwand zu verbauen [37]. Eine Ausnahme ist begründet nach

---

fünf oder mehr Schuh durchaus weit, so mag der so sein Traufgerechtigkeit verbauen will, den halben Winkel verbauen . . . aber ein Gibelmauer aufführen..."

[33] München B.O. Art. 32. „Item ain jeder mag in sein freye maur, die nit tropffstäl hat, einfallende Liecht haben und machen, doch das er seinem Nachbarn durch solche fenster keinen ungemach weder mit giessen noch werfen thun soll." Die Meinung von Kreittmayr Anm. b zu L.R. II. 8. 7, daß nach Münchener Recht der sein Traufrecht verbauende in der Fensteranlegung unbeschränkt sei, ist widerlegt von Auer, Einleitung CIV. Ueber den Begriff der einfallenden Lichte s. ebenda CIV. Nr. 3 und 4.

[34] Würzburg B.O. IV. 2. oben Note 27. Ueber die Ausnahme bei Giebelmauern s. oben Note 22. Der Eigenthümer der sein Traufrecht verbaut ist indessen nach Würzburger Recht nicht verbunden eine Giebelmauer anzulegen.

[35] Die Augsburger B.O. verbietet das Verbauen des Traufrechts nur gegenüber einem Gebäude das Traufrecht hat oben Note 8. Ueber die Fensteranlage auf der Grenze enthält die B.O. keine Bestimmungen, sie muß daher gestattet sein. Die Nothwendigkeit der Vergitterung ergiebt sich aus dem oben Note 25 angeführten.

[36] Regensburg W.G.O. XIII. 3 und 4 oben Note 9. Der in Art. 3 angeführte Fall scheint hiernach als ein Verzicht des Eigenthümers auf die Fensteranlagen ausgelegt zu sein.

[37] Auer, Einleitung CV. 2. Ulm B.O. I. 3 und Memmingen B.O. IV. 3: „So einer an seines Nachbarn Hauß oder blinden Wand (da sein Nachbar weder zu Luft, Liecht oder Trauff Gerechtigkeit hätte) bauen wollte, der mag auf solchem seinem eignen Grund hart an seinem Nachbarn mit einer steinern Mauer aufs wenigst eines halben Riegelsteins dick wol auffahren und denselben seinen eigenthümlichen Boden gar einnemen und verbauen unverhindert seines Nachbarn Liechts, jedoch mit solchem Anhang, daß solche Gebäu also gericht werden, daß unsere verordnete Baugeschworne hierunter sonderlich in Feuersnöthen kein Bedenken haben noch tragen." Ulm B.O. X. 2 und Memmingen B.O. XIV. 2. „Entgegen hat der Inhaber des Hauses, Hofs, Gartens oder Eigenthümlichen Winkels wol Macht (wo es ihm nicht durch Verträg, Contrakt, Urtheil oder Spruch verwöhrt) zunechst oder hart an ihm seinem Nachbarn, so kein Trauff Gerechtigkeit ob er gleich Liechter gegen ihm hätte, aufzufahren und zu bauen, das Trauff aber auf sich zu richten." Augsburg B.O. II. 3. 36: „Woferne aber einer gegen seinen Nachbar weder Liecht noch Traufgerechtigkeit oder erweißlich nur Vergunstlichter und seinen Grund völlig innen hätte, so hat derselbe

Regensburger Recht, welches den Anbau nur an blinde Wände erlaubt [38].

Das durch diese Statute begründete Rechtsverhältniß weicht daher von den gemeinrechtlichen Bestimmungen nur insoferne ab, als einzelne Statuten nach der Seite des Nachbarn ein Lichtrecht nur mit vergitterten Fenstern geben [39], und das Bauen auf der Grenze nur mit blinden Mauern oder vergitterten Fenstern gestatten [40], was beides als gesetzliche Eigenthumsbeschränkung aufzufassen ist, von der durch Errichtung einer Dienstbarkeit befreit werden kann, während die Statuten von Augsburg und Regensburg den schon bestehenden Gebäuden eine gesetzliche Dienstbarkeit geben [41].

3. Nach Preußischem Recht ist die gesetzliche Anlage von Fenstern gegenüber den Gebäuden des Nachbars nicht beschränkt [42]; nur wenn ein Gebäude unmittelbar an des Nachbars Hof oder Garten steht, sollen Oeffnungen, wo es die Umstände gestatten, sechs Fuß von dem Boden des Zimmers oder Behältnisses erhöht immer aber vergittert werden [43], von welcher Eigenthumsbeschränkung durch Bestellung einer

---

den Andern, so bauen will, nicht Macht zu hindern; es ist auch dieser nicht schuldig ermelte zwei Werkschuh liegen zu lassen, sondern er mag seiner Gelegenheit nach sein Gebäu hart an des Nachbars Mauer aufführen ohne Widerrede, es könnte dann dieser briefliche Urkunden dagegen auflegen und dadurch ein anderes erweisen." Würzburg B.O. IV. 4. „Gehöret aber dem einen Nachbarn die Mauer ganz eigenthümlich, so darf der andere Nachbar nicht daran anbauen, keine Balken oder Sparren auflegen und kein Kuchen- oder anderes Feuer daran machen, sondern er müßte sich auf seinem Grund und Boden besonderes gegen seinen Nachbar verwanden d. i. eine besondere Mauer an des andern Nachbars Mauer aufführen; wenn aber dieser letztere über seine eigene Mauer gegen den ersteren Nachbar ein Winkel- oder Dach-Triefrecht hat, so ist dem ersteren Nachbarn all solches zu thun nicht erlaubt."

[38] Regensburg W.G.O. XIII. 3 und 4 oben Note 9.

[39] s. oben Note 23—25.

[40] s. oben Note 34—37.

[41] Vgl. oben Note 8 und 9.

[42] Pr. L.R. I. 8. 137: Um Licht in sein Gebäude zu bringen kann ein jeder Oeffnungen und Fenster in seine eigne Wand oder Mauer machen, wenn dieselben gleich eine Aussicht über die benachbarten Gründe gewähren. A. E. 15/7 62 Z. A.B. III. 184 ist ausgesprochen, daß die hier als Regel bestimmte Fensterfreiheit nur durch die singulären Bestimmungen des Pr. L.R. I. 8. 138 zu Gunsten von Höfen und Gärten beschränkt ist, was nicht auf Reihen d. h. die Zwischenräume zwischen zwei Häuser ausgedehnt werden kann, womit auch die Preußische Praxis übereinstimmt Förster, P. P.R. § 170, 33.

[43] Pr. L.R. I. 8. 138. Förster, P. P.R. § 170, 138.

Dienstbarkeit befreit werden kann [44]. Außerdem gewährt das Preußische Recht den seit zehn Jahren bestehenden Fenstern eines Hauses die gesetzliche Dienstbarkeit, daß der Neubau soweit zurückweichen muß, daß der Eigenthümer aus den ungeöffneten Fenstern den Himmel sehen kann (jus prospectus coeli) [45]. Die nicht seit zehn Jahren bestehenden Fenster haben keinen anderen Schutz als den der Entfernung der Neubauten von älteren Gebäuden anzusprechen [46].

IV. Rechte an dem fremden Grundstück. Hier finden sich folgende Dienstbarkeiten:

1. An der Mauer: das Trammrecht (servitus tigni immittendi) das Recht in die Wand des Nachbars Balken des eignen Hauses einzuschieben und dort ruhen zu lassen [47], und das Recht auf die Mauer des dienenden Grundstücks etwas aufzubauen (servitus oneris ferendi), wobei der Eigenthümer des letzteren das tragende Bauwerk unterhalten muß [48]. Das Preußische Landrecht verbindet beide Dienstbarkeiten

---

[44] Das Recht der freien Aussicht enthält die Befreiung von dieser Beschränkung Förster, P. P.R. § 187, 93.

[45] Pr. L.R. I. 8. 142. 143. „Sind jedoch die Fenster des Nachbars, vor welchen gebauet werden soll, schon seit zehn Jahren oder länger vorhanden, und die Behältnisse, wo sie sich befinden, haben nur von dieser Seite her Licht, so muß der neue Bau so weit zurücktreten, daß der Nachbar noch aus den ungeöffneten Fenstern des untern Stockwerks den Himmel erblicken könne. Hat in diesem Falle das Gebäude des Nachbars, in welchem die Fenster sich befinden, noch von einer andern Seite Licht, so ist es genug, wenn der neue Bau nur soweit zurücktritt, daß der Nachbar aus den ungeöffneten Fenstern des zweiten Stockwerks den Himmel sehen könne." Förster, P. P.R. § 170, 37.

[46] Pr. L.R. I. 8. 144. Vgl. oben Note 7.

[47] l. 8. § 1. 2. D. 8. 5. Glück, Comment. X. 73. Windscheid § 211 a, 3. Bayr. L.R. II. 8. 2. „Vermög des Balken- oder Tramm-Rechts ist man zwar befugt, einen Tramm oder Balken in des Nachbars Mauer einzuschieben, damit er alldort ruhe, wenn aber an dem Tramm selbst oder an der Mauer eine Reparation vonnöthen ist, so tragt der Dominus praedii dominantis die Kösten, und muß sich bei der Erneuerung allzeit wiederum nach der vorigen Bauart richten." Auch gemeinrechtlich liegt die Pflicht der Unterhaltung der dienenden Mauer dem Eigenthümer der letzteren ob Seuffert, Pandekten § 164, 7. Förster, P. P.R. § 187, 86.

[48] l. 5. § 2 und 8. § 2. D. 8. 5. Glück, Comment. X. 16 und 70. Windscheid § 211 a, 3. Vangerow § 342 Anm. 2. Bayr. L.R. II. 8. 3. „Das Recht auf des andern Mauer oder Untergebäu etwas legen oder bauen zu dürffen gehet weiter als das Trammrecht und ist der Dominus praedii servientis schuldig, verstandenes Untergebäu auf eigne Kosten zu unterhalten, oder

indem sie die letztere Verpflichtung bei beiden eintreten läßt [49]. Als servitus luminum wird die Dienstbarkeit unterschieden in einer fremden Mauer ein Fenster zu brechen, um dem eignen Gebäude Licht zuzuführen [50].

2. An dem Luftraum des fremden Grundstücks. Das Recht einen Ausbau in die Luftsäule des Nachbarn ragen zu lassen (servitus projiciendi vel protegendi) [51] und das Recht den Rauch in das Nachbargrundstück in größerem als dem gesetzlichen Maaß einzuleiten (servitus fumi imittendi) [52].

---

da er sich hierzu nicht einverstehen will, das ganze Praedium serviens an den Dominum praedii dominantis zu überlassen. Die währender Reparation des Untergebäu zu Unterstützung des oberen erforderliche Kosten hat dieser letztere zu bestreiten." Regensburg W.G.O. XI. 4. „So aber einer einen Keller Gewölb oder ander Gemach unter seinem Nachparn gehabt, derselb soll dasselbig sein Untergemach nottürftiglich versorgen, also daß der ander auch sein Notturfft darauff bauen möge, nach der Statt Recht, doch mit solcher Beschaidenheit, daß einer dem andern und zumal der Ober dem Untern nicht merklichen beschwehre, alles nach Erkandtnuß des Wachtgerichts."

[49] Pr. L.R. I. 22. 55—58. Förster, P. P.R. § 187, 83 f.

[50] l. 40. D. 8. 2. l. 8. Cod. 3. 34. Windscheid § 211 a, 8. Vangerow § 342, Anm. 1, 2. Puchta § 184, n. Keller, Pandekten § 168, 9. Bayr. L.R. II. 8. 7. „Dafern jemand . . . die Oeffnung in seiner eigenthümlichen oder gemeinschaftlichen Wand leiden muß . . . so wird das erste servitus immittendi luminis vel fenestrarum . . . genannt." Regensburg W. G.O. XIV. 2. „Als nemblich und zum Ersten, wann die Mauer oder Wand dardurch jemands gegen einem andern seinen Nachbarn Fenster zu brechen für hat, demselbem seinem Nachbarn allein zugehörig oder auch ihr beeder gemein ist, so hat er das wenigste Loch oder Fenster zu andern sachen durchauß zu brechen nit macht anderst dann was und wie ihme dasselbige sein Nachbar auß gutem willen doch gleichwohl auch ohne sonderbare ärgernuß seiner Behausung solches vergont und zuläßt." Andere halten die Servitus luminum für identisch mit der Servitus ne luminibus officiatur s. Glück, Comment. X. 95.

[51] l. 1. pr. l. 2. D. 8. 3. Glück, Comment. X. 74. und 75. Bayr. L.R. II. 8. 6. „Wenn jemand von seiner Wand mittels eines freien Erkers, Wetterdachs oder anderen dergleichen weder in die fremde Wand eingeschoben- noch darauf ruhenden Gebäu in des Nachbars Hof Garten oder Grund hinauszufahren berechtiget ist, so heißt es Servitus projiciendi vel protegendi, woraus aber weder das Jus Stillicidi noch Aquae immittendae gefolgert werden kann. Wol hingegen folget sowol aus ein- als anderen, daß der Nachbar die in seinem Grund hinüber hangende Aest des auf dem Praedio dominante stehenden Baums nicht abhauen darf, wie er dessen sonst ohne sothaner Servitut wol berechtiget wäre." Erk. Wolfenbüttel 24/2 65 Sf. XX. 17. Vgl. oben § 118, 57.

[52] l. 8. § 5 und 7. D. 8. 5. Glück, Comment. X. 137. Vgl. oben § 118, 62 f.

3. Die Dienstbarkeit des Wasserablaufs. Hier findet sich:

a. Das Traufrecht. Gemeinrechtlich ist der Eigenthümer nur insoferne beschränkt, als er keine Veranstaltungen treffen darf, durch welche Flüssigkeiten auf das Grundstück des Nachbarn abgeleitet werden[53]. Er kann daher eine Dachtraufe an der Seite des Nachbarn nur insoferne anbringen als in Folge davon das ablaufende Wasser weder direkt noch indirekt auf das Nachbargrundstück geleitet wird. Befreit wird er von dieser Verpflichtung durch Bestellung einer Dienstbarkeit, in Folge deren der Nachbar dulden muß, daß das tropfenweise vom Dach fallende (servitus stillicidii) oder in Rinnen gesammelte (servitus fluminis recipiendi) Regenwasser auf sein Grundstück sich ergießt [54]. In den Bayrischen Statuten ist dieß analog mit den Vorschriften über das Lichtrecht geregelt; demnach verbieten die Statuten von Nürnberg und Amberg die Anlegung von Traufen nach der Seite des Nachbars und lassen sie nur auf Grund einer besonderen Dienstbarkeitsbestellung zu [55]. Die Statuten von München, Regensburg, Würzburg, Ulm, Memmingen und Augsburg gestatten dem Eigenthümer die Anlegung von Traufen nach der Seite des Nachbars bei Einhaltung des gesetzlichen Abstandes, wobei er das Wasser ablaufen lassen darf, ohne daß er auf das Nachbargrundstück weiter Rücksicht zu nehmen hat [56]. Jeder der Eigenthümer kann dabei sein Traufrecht

---

[53] Vgl. oben § 118, 83.

[54] § 1. J. 2. 3. l. 17. § 3. l. 20. § 2 und 3. D. 8. 2. Glück, Comment. X. 124. Windscheid § 211 a, 1. Bayr. L.R. II. 8. 8 und 9. „Das Traufrecht kann sich sowohl aktive als passive ergeben, da man nemlich das Dach-Trauf von seinem Haus oder Gebäu in dem benachbarten Grund fallen zu lassen entweder befugt, oder aber verbunden ist. Mit der Servitute fluminis hat es die nemliche Beschaffenheit, wie mit dem Traufrecht, und ist kein anderer Unterschied, als daß eines Tropffenweis das andere aber Flußweis durch Canal oder Rinnen zu gehen pflegt."

[55] Nürnberg Ref. XXVI. 3, 1. oben Note 14. Amberg, B.O. Art. 13. „Dazu soll auch niemand von seinem Haus, Stall oder andere Pau die Trupff in seines Nachbarn hof oder uff desselben Gepeu fallend richten er hab dann solche Gerechtigkeit wie Recht von Alter hergebracht oder aber mit gutem Willen erlangt.

[56] München B.O. Art. 28 oben Note 20, Auer, Einleitung CIII; Regensburg W.G.O. XVIII. oben Note 21; Würzburg B.O. I. 4. „Hätte jemand auch erstbesagter massen seine anderthalb Schuhe verbauet und der Nachbar wollte auf seinen daran stoßenden Garten oder Hof ebenfalls ein Haus aufbauen, dabei aber seiner Seits auf den Boden anderthalb Schuhe frei lassen, so wäre

verbauen. Geschieht dieß von beiden Seiten so kann keiner die Traufe nach der Seite leiten [57]; verbaut nur der eine Eigenthümer sein Traufrecht, so hat er kein Verbietungsrecht gegen den Bestand des Traufrechts in dem Nachbargrundstück [58]. Das Traufrecht gewährt nur Anspruch auf Abfluß des Regenwassers [59].

---

der erstere schuldig auch seines Nachbars Regenwasser oder Dachtropfen zu übernehmen und also abzuführen, daß das Rohr an seinem Haus vestgemacht, gleichwohl aber des Nachbarn Regenwasser auf seine freigelassene anderthalb Schuhe im Grund und Boden oder Winkel abgeleitet und allda ausgeführet würde. V. 1. In dem Artikel vom Dach ist auch verschiedenes von dem Winkelrecht vorgekommen, welches besteht in einem drei Schuhe breiten Platz zwischen zwei Häusern, von welchen das Regenwasser in die Mitte des Platzes abfällt; wann also jemand neben seinem Nachbarn bauen will, und der Nachbar seine Dachtrief zu anderthalb Schuhe schon hat, so muß der neuerlich Bauende ebenfalls anderthalb Schuhe Platz frey und unbebauet liegen lassen, worauf sein Regenwasser abfallen könne; wann er aber sein Winkelrecht verbauen wollte, so müßte er mit Uebernehmung und Ausführung des Regenwassers sich verhalten, gleichwie oben vom Dach § 5 gesagt worden ist." Ulm B.O. XII. 1. und Memmingen B.O. XVI. 1. „Demnach von etlichen Jahren hero vielfältig zugelassen worden; wo zwischen zweyen Nachbarn ein gemeiner Winkel, ihnen beyden gehörig, gelegen, daß der ein oder ander Nachbar sein Trauffs-Gerechtigkeit und also den halben Winkel verbauen mögen, dadurch aber seinem Nachbarn großer und merklicher Schaden begegnet und widerfahren indem vielmalen der gemeine Winkel die vier Werkschuh nicht gehabt..." Augsburg B.O. II. 13. „Wo zwei Nachbarn zwischen ihren Häusern mit einander eine gemeine oder gemeinschaftliche Reyhe haben, sie seie so weit sie wolle, und also auch beyde darinnen die Liecht- und Traffgerechtigkeit geniessen, so mögen sie, da sie miteinander zufrieden, zu beyden Theilen von ihren Häusern und Hof-Stätten all ihr Dach-Traff, Himmel- Hof- Bronnen- Wäsch- Bad-Stuben und anderes Wasser durch eine Mitte in derselben gepflästerte oder gemeinschafftlich-hölzerne Rinnen, so zu beiden Seiten eine gute Thal-Neigung und röscheß Gehäng hat, auch mit Letten wohl beschlagen ist, ohne Hindernus ausführen."

[57] Würzburg B.O. I. 5. Ulm B.O. XIII. 1. Memmingen B.O. XVII. 1.

[58] Würzburg B.O. I. 4. oben Note 56.

[59] Ulm B.O. XI. 7. „Wann sich dann auch vielmaln begibt, daß ein Nachbar schuldig ist seinem Nachbarn das Trauff- und Himmel-Wasser von seinem Höflin oder Winkel auf- und durch das seinig lauffen zu lassen: so soll doch derselbig, so solche Gerechtigkeit hat, das Höfflin oder Winkel sauber halten, weder Mist oder andere Unsauberkeit darein nicht legen; weil sein Nachbar anders als Trauff- und Himmel-Wasser auf das seinig lauffen zu lassen nicht schuldig." Amberg B.O. Art. 13. „Doch soll keiner, er hab uff einen andern trupffenrecht oder nit, kein unrein geschmeiß spilach oder ander unrein wasser in seines nachparn hoff oder garten giessen, werfen oder lenden, er sey dann deß aus krafft einer Dienstbarkeit befugt." Erk. Jena 19/3 40 Sf. IV. 209.

b. Das Ausgußrecht (servitus cloacae) [60], vermöge dessen der Eigenthümer das Abfallwasser auf das Nachbargrundstück leiten darf.

4. Das Durchgangsrecht. Die Wegegerechtigkeit kann auch gegenüber städtischen Grundstücken begründet sein, und ist dann zweifellos als städtische Dienstbarkeit anzusehen [61]. Das Recht durch ein Haus zu gehen oder zu fahren giebt nicht das Recht zu verlangen, daß das Thor zur Ausübung der Wegegerechtigkeit beständig geöffnet sei, vielmehr ist der Berechtigte verpflichtet, die Thüre bei Ausübung der Dienstbarkeit zu öffnen und zu schließen [62]. Ist ein Recht der Durchfahrt durch ein Thor eingeräumt, so darf nach Preußischem Landrecht der Eigenthümer die Durchfahrt nicht verkleinern [63].

Caput 4.

Reallasten [1].

§ 169.

Allgemeine Grundsätze.

Reallasten [2] sind Leistungen, welche in der Art mit einem Immobile in Verbindung gebracht sind, daß die Verpflichtung dazu dem

---

[60] l. 7. D. 8. 1. Glück, Comment. X. 130. Bayr. L.R. II. 8. 10. Pr. L.R. I. 22. 59. Amberg. B.O. Art. 13. „Ob aber jemandt, auch die gerechtigkeyt het, das spielwasser oder dergleichen durch rören oder sonsten uff in oder durch eins andern grundt auszuschitten oder auszufüren, soll er doch dahin nicht schitten oder giessen ingewayd von thieren, vögeln noch ander übelriechendt unsauberkeyt, sonder soll sich derselben seiner gerechtigkeyt nachparlicher und gebürlicher maß gebrauchen."

[61] Kreittmayr, Anm. e zu Bayr. L.R. II. 8. 11. „und falls der durchgang auf einem Haus oder praedio urbano haftet, so ist es auch . . . keine servitus rustica sondern vielmehr urbana."

[62] Erk. 26/3 66 Bl. XXXI. 252. Erk. Dresden 2/5 56 Sf. XII. 7. A.E. 26/6 33 Bl. VI. 355 nimmt an, daß nach Preußischrm Landrecht die Durchfahrtsgerechtigkeit nicht das Recht auf einen eigenen Schlüssel gebe.

[63] Pr. L.R. I. 22. 76.

[1] Seuffert, J. A. das Baurecht die Reallasten und das Näherrecht Würzburg 1819; Dunker, die Lehre von den Reallasten Marburg 1837; Renaud, Beitrag zur Theorie der Reallasten Stuttgart 1846; Weiske, die Gutsherrlichkeit Leipzig 1850; Friedlieb, die Rechtstheorie der Reallasten Jena 1860; Mann,

jeweiligen Eigenthümer obliegt. Diese kann in einem Geben (Grundzinsen, Naturalleistungen) oder einem Handeln (Dienste) bestehen; es ist dabei weder Regelmäßigkeit der Leistung [3] durch Wiederkehr zu bestimmten Zeiten noch unbeschränkte Dauer des Verhältnisses [4] vorausgesetzt. Reallasten im technischen Sinn [5] sind nur diejenigen Leistungen, welche auf einem Privatrechtstitel beruhen, also nicht die Eigenschaft von öffentlichen Abgaben haben [6], und welche eine selbstständige

---

Untersuchungen über den Begriff der Reallasten Dessau 1869; Heimbach, Reallasten R.L. IX. 28 f.; Wächter, Erörterungen I. 127 und W. P.R. II. § 48; Gerber, über Reallasten in Jhering, Jahrb. II. 35, VI. 266; Häberlin, über die rechtliche Natur der Reallasten Z. f. D. R. XVIII. 131; Korte in Gruchot Beitr. V. 118; Eichhorn, P.R. § 161—167; Mittermair, P.R. § 172—199; Maurenbrecher, P.R. § 319—346; Walter, P.R. § 146—155; Hillebrand, P.R. § 161—171; Gerber, P.R. § 168—172; Gengler, P.R. § 70—79; Beseler, P.R. § 190—194; Unger, Ö. P.R. § 63; Förster, P. P.R. § 188; Reyscher, Württembergisches P.R. § 254—279.

[2] Dieser Ausdruck gehört erst der neueren Rechtssprache an. Zuerst wurden die hieher gehörigen Verhältnisse von Mittermair Einleitung in das Studium des deutschen Rechts 1812. S. 190 unter einen gemeinsamen Gesichtspunkt mit dieser Bezeichnung zusammengestellt, doch findet sich der technische Ausdruck schon Pr. L.R. I. 20. 154. Das Bayrische Landrecht kennt ihn nicht, und führt, wie dieß früher allgemein üblich war, die hieher gehörigen Institute wie Zehnt, Frohnen u. s. w. einzeln auf. Nur beiläufig erwähnt Kreittmayr, G.O. XVIII. 7. Nr. 8. und Anm. 5 zu L.R. IV. 7. 33 die onera realia s. jedoch unten Note 5.

[3] Dunker, R.L. S. 59; Maurenbrecher, P.R. § 319, 9; Unger, Ö. P.R. § 63, 9. Für das Bayrische Recht ist dieß zweifellos, da die kirchliche Baulast als Reallast constituirt werden kann unten § 180, und früher der Handlohn als Reallast vorkam unten Note 31.

[4] Dem widerspricht schon der Umstand, daß Leibzucht Apanage und Witthum vielfältig als Reallasten vorkommen unten Note 35—37. Auch nach Bayrischem Recht können lebenslängliche Reichnisse als Reallasten constituirt sein vgl. unten § 171, 25. A. M. ein Erk. 5/2 69 Bl. XXXVI. 248, welches die unbeschränkte Dauer als charakteristisches Merkmal der Reallast erklärt.

[5] Früher faßte man unter dieser Bezeichnung alle dinglichen Lasten einer unbeweglichen Sache zusammen, und unterschied daher Reallasten im weiteren und engeren Sinn s. Dunker, R.L. 57 und Unger, Ö. P.R. § 63, 2. So sagt noch Kreittmayr, Anm. h. zu G.O. XVIII. 7: „All' übrige auf dem verganten Gut haftende Onera realia, z. E. Grunddienstbarkeiten, ewige Gelder, unablösliche Zinse, Steuern, Anlagen und dergleichen." Jetzt wird dieser Sprachgebrauch kaum mehr vorkommen.

[6] Die auf Bestimmungen des öffentlichen Rechts beruhenden Leistungen an Staat und Gemeinden und die auf Staatsgesetzen beruhenden Verpflichtungen

nicht von einem anderen Rechtsverhältniß abhängige Verpflichtung enthalten, also nicht als Gegenleistungen erscheinen [7].

Ueber ihre rechtliche Natur herrscht seit lange Meinungsverschiedenheit, und zwar lassen sich die verschiedenen Theorieen nach folgenden Categorieen [8] eintheilen:

I. Die eine Categorie läugnet die Dinglichkeit der Reallasten und und erklärt sie als Obligationen, und zwar theils als ein mit einer Hypothek an der belasteten Sache verbundenes Forderungsrecht [9], theils als dingliches Forderungsrecht [10], als subjektiv dingliches Recht [11] oder als eine durch den Besitz des Grundstücks bedingte Obligation [12].

---

zu Handlungen im öffentlichen Interesse sind nicht Reallasten im technischen Sinn Renaud, R.L. 50; Heimbach, R.L. 67; Mittermair, P.R. § 173, 5; Unger, Ö. P.R. § 63, 3 und 46. In dem Hyp.G. § 22, 5 ist dieß durch die Bestimmung anerkannt, daß nur die vermöge eines speziellen Rechtstitels auf der Sache haftenden Lasten einzutragen seien, wodurch die öffentlichen Lasten an sich von der Eintragung ausgeschlossen sind Lehner, H. A.O. § 53; vgl. unten § 183, 22.

[7] Die Gegenleistungen, zu denen namentlich der Canon bei der Emphyteuse, die Verpflichtung zu Lehendiensten u. s. f. gehörte, beruhen auf einer persönlichen Verpflichtung s. Dunker, R.L. § 48 und 49; Mittermair, P.R. § 173, 4; Walter, P.R. § 147; Unger, Ö. P.R. § 63, 4. Früher wurden alle derartigen Leistungen allgemein zu den Reallasten gerechnet. In dem Bayrischen Recht ist dieß gesetzlich ausgeschlossen durch Instruktion zum H.G. § 16, 1, vgl. unten § 183, 23. Solche Gegenleistungen finden sich auch bei Servituten, so bei dem Weiderecht oben § 163, 50 und bei den Forstdienstbarkeiten oben § 166, 28.

[8] Die davon noch zu unterscheidende Meinung von Mann, Untersuchungen 1869, der die Leistung als Erfüllung einer Bedingung auffaßt, bedarf keiner weiteren Berücksichtigung s. meine Anzeige in Pözl Kr. V.J.Schr. XII. 490. Die neue Ausgabe dieser Schrift, Dessau 1872 ist nur Titelausgabe.

[9] S. die bei Dunker, R.L. § 3, Friedlieb, R.L. § 32 und Gengler, Lehrbuch § 70, I. 2 angeführten, dann Unterholzner, Verjährungslehre § 254, 722. Eine Kritik dieser Ansicht s. bei Dunker, R.L. § 4 und Heimbach, R.L. 30. Da diese Meinung voraussetzt, daß den Reallastforderungen eine stillschweigende Hypothek zustehe, so ist ihre Anwendung in den Gebieten der neuen Hypothekengesetze von selbst ausgeschlossen.

[10] Dieß war die Auffassung von Mittermair, Pr.R. (1821) § 325 und (1824) § 229 dann Ortloff, Pr.R. § 232. Diese Ansicht unterscheidet sich nicht von der Note 11 aufgeführten.

[11] Die Terminologie wurde zuerst von Runde, Leibzucht II. § 26 aufgestellt, und von Eichhorn § 162 angenommen. Eine Kritik dieser Ansicht s. bei Dunker, R.L. § 10 und Heimbach, R.L. 34. Diese und die Note 10 aufgeführte Ansicht, die im Grund identisch sind, führen zu der Unterstellung unter die Obligationen s. Heimbach, R.L. 34, 27, Maurenbrecher, P.R. § 320, 6, Unger, Ö.

II. Die andere Categorie erklärt sich für die Dinglichkeit des Rechtsverhältnisses und zwar nicht nur der Reallast im ganzen sondern auch der einzelnen Leistung, und motivirt dieß theils durch ihre Gleichstellung mit den Prädialservituten [13], theils durch Annahme einer dem Grundstück als verpflichteten Subjekt obliegenden Last (Personifikation des Grundstücks) [14], oder einer dem deutschen Recht eigenthümlichen

---

P.R. § 63, 19, wie denn auch Mittermair in den ersten Auflagen die Reallasten in das Obligationenrecht stellte. Eine Kritik dieser Ansicht giebt Dunker, R.L. § 10.

[12] Seuffert, Baurecht (1819) 73. „Die Reallasten fußen sich auf ein wahres Obligationsverhältniß, dessen Gegenstand ein Geben oder Thun ist, und welches die Eigenthümlichkeit hat, daß der Schuldner nicht aus einer besonderen zwischen ihm und dem Berechtigten vorgegangenen Willenshandlung oder Thatsache sondern als Besitzer einer Sache verbunden und demnach das factum obligatorium in dem Besitz der fraglichen Thatsache enthalten ist," und Pandekten § 23, 4: „Die Reallasten sind permanente Leistungen, welche dem Besitzer eines Gutes als solchem obliegen." Puchta, Vorlesungen (1847) § 178: „Daß der Eigenthümer durch eine Obligation zu einem Thun verpflichtet wird ist damit nicht ausgeschlossen, auch läßt sich denken, daß eine solche Obligation ein unbestimmtes Subjekt nämlich den jedesmaligen Besitzer einer Sache hat, wie bei den Reallasten." Gerber, P.R. (I. Auflage 1849) § 167: „Wenn schon dadurch der Obligation eine außerordentliche Dauer verliehen wird, so geschieht dieß noch in ungleich höherem Grade, wenn in einem solchen Falle die Bestimmung des verpflichteten Subjekts durch die Thatsache des Besitzes eines bestimmten Grundstücks gegeben wird. Dieß ist der Fall bei den s. g. Reallasten. Es sind Obligationen welche durch die eben charakterisirte Anknüpfung an ein Grundstück perpetuirt . . . werden." Gleichzeitig damit und ohne die Ausführung Gerbers zu kennen Hillebrand, D. P.R. (1849) § 146: „Die Berechtigung erscheint . . . . als ein mit einem sachenrechtlichen Gewand äußerlich bekleidetes Forderungsrecht." Vgl. ferner Savigny, Obligationenrecht (1851) I. 134 und Friedlieb, R.L. 174. Die jetzt gewöhnliche Formulirung dieser Meinung führt also auf Seuffert und Puchta zurück.

[13] Diese Auffassung war unter den älteren Juristen sehr verbreitet s. die bei Dunker, R.L. § 5 und Gengler, P.R. § 70. I. 1 angeführten. Sie findet sich noch Bayr. L.R. II. 7. 2. Nr. 1 und Kreittmayr, Anm. 1 c zu dieser Stelle oben § 151, 12. S. dagegen Dunker, R.L. § 6 und die oben § 151, 12 angeführten, dann Erk. Dresden 9/5, 63 Sf. XVIII. 15. In den umgekehrten Fehler verfallen diejenigen, welche um ihre Eintragung in das Hypothekenbuch möglich zu machen Prädialservituten unter den Begriff der Reallasten zwängen wollen vgl. unten § 175, 11.

[14] Dieß ist die Ansicht von Dunker, R.L. § 7 und § 14 und Heimbach, R.L. 73.

dinglichen Verpflichtung [15], endlich durch Auffassung als ausgeschiedene Eigenthumsbestandtheile [16].

III. Eine dritte Categorie unterscheidet zwischen der Reallast als ganzem und der einzelnen Leistung, und legt der ersteren dinglichen Charakter bei, während sie die letztere als persönliche Verpflichtung auffaßt [17].

Für das Bayrische Recht können überhaupt nur die beiden letzten Categorieen in Betracht kommen, da die Dinglichkeit der Reallasten in der Gesetzgebung anerkannt ist [18], und in der Praxis feststeht [19]. Ob aber für das Bayrische Recht die Dinglichkeit auf das ganze Verhältniß ausgedehnt [20] oder nur für das Rechtsverhältniß im ganzen

[15] Gengler, P.R. § 70.

[16] Albrecht, Gewere 168 erklärt die Reallasten als Pertinenzen der Proprietät (Gewere); Renaud, R.L. 40 und 63 betrachtet sie als durch Theilung der Gewere begründete Eigenthumsbeschränkungen; s. gegen die letztere Auffassung Gerber in Richter Jahrbücher 1846, 782 f.

[17] Diese Ansicht ist zuerst von Wächter, Erörterungen I. 127 zunächst für das Württembergische Recht aufgestellt, und ist angenommen von Beseler, P.R. § 190, Walter, P.R. § 148, Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 160 f., Unger, Ö. P.R. § 63, 22, Förster, P. P.R. § 188, 37. Auch Maurenbrecher, P.R. § 319, 15 kommt in der Hauptsache auf dasselbe Resultat und auch Mittermair in den späteren Auflagen ist hieher zu rechnen, da er § 172, 30 zwar die Dinglichkeit des Rechtsverhältnisses anerkennt, aber § 174, 40 für die einzelne fällige Leistung eine nur persönliche Verpflichtung des jeweiligen Besitzers annimmt.

[18] Für das Gebiet des Bayrischen Landrechts ist dieß durch die Gleichstellung mit den Prädialservituten zweifellos oben Note 13, während das Preußische Landrecht keine prinzipielle Entscheidung enthält, und die Preußische Praxis daher öfter zwischen den verschiedenen Auffassungen geschwankt hat, Förster, P. P.R. § 188, 51. Durch die Hypothekengesetzgebung ist indessen für Bayern die Dinglichkeit allgemein anerkennt H.G. § 22, 5 und § 135: „Die auf der Sache vermöge eines speziellen Rechtstitels haftenden Reallasten." Vgl. Proz.O. 1869 Art. 21: „Bei den eine Grunddienstbarkeit oder Reallast betreffenden Klagen bestimmt sich der Gerichtsstand nach der Lage des dienenden oder belasteten Grundstücks."

[19] Vgl. unten Note 25.

[20] Daß dieß der ursprünglichen Gestaltung des Instituts entsprochen habe wird auch von Wächter, W. P.R. I. 621 angenommen. Ueber die Auffassung in den älteren Statuten aus welchen die Entscheidung für die Dinglichkeit des Verhältnisses zu entnehmen ist s. Dunker, R.L. 64, Gengler, P.R. 297, und Arnold Geschichte des Eigenthums 86. Die Haftung des Nachfolgers für die Rückstände ist nicht wie Hillebrand P.R. § 162, 3 annimmt dem Rentenkauf eigenthümlich, sondern findet sich schon bei dem alten Wortzins, Pauli Wieboldrenten 68.

angenommen werden soll, könnte als nicht unzweifelhaft erscheinen, da auch in unserem Recht die Fragen von der Haftung des Singularsuccessors für die Rückstände des Vorgängers nicht so bestimmt entschieden ist, daß nicht für das eine oder andere Verhältniß verschiedene Auffassungen Platz greifen könnten [21]. Nach Erwägung aller Umstände glaube ich indessen für das Bayrische Recht die Haftung des Singularsuccessors verneinen zu müssen [22] und also die dritte der oben aufgeführten Meinungen als begründet annehmen zu können, mit Ausnahme jedoch des Instituts des Ewiggelds, bei welchem die Dinglichkeit der einzelnen Leistungen gesetzlich anerkannt ist [23].

Die Reallasten werden nach Bayrischem Recht zwar in das Hypothekenbuch eingetragen, allein diese Eintragung ist nicht Voraussetzung der gültigen Entstehung oder des Rechtsbestands, sondern hat nur den Zweck der Reallast im Fall des Zusammentreffens mit eingetragenen Hypotheken den Vorrang zu sichern [24]. Nach Bayrischem Recht geht daher auch die nicht eingetragene Reallast auf jeden Erwerber des Grundstücks über [25], und sie geht wenn sie nicht eingetragen ist bei Zwangsversteigerung im Concurs nur dann verloren, wenn durch ihren Fortbestand die Befriedigung der eingetragenen Hypotheken gefährdet wäre [26]. Ebensowenig ist nach Bayrischem Recht

---

[21] Die Entscheidungen sind verschieden selbst für die einzelnen Arten der Reallasten. Während es nach früherem Recht feststand, daß bei Zehnt und Handlohn der Singularsuccessor nicht hafte unten § 171, 12 und 13, ist bei dem Ewiggeld seine Haftung gesetzlich bestimmt unten § 178, 38. In der Beantwortung dieser Frage liegt aber die Entscheidung zwischen den unter II. und III. aufgeführten Meinungen; denn haftet der Singularsuccessor für die Rückstände des Vorgängers so kann die Ausdehnung der Dinglichkeit auf das ganze Verhältniß keinem Zweifel unterliegen s. Albrecht in Richter Jahrbücher 1839, 310.

[22] Vgl. unten § 171, 15 f.

[23] Vgl. unten § 178, 38.

[24] H.G. § 22, 5 und § 135. Einf.Ges. zum H.G. § 7 unten Note 26. Vgl. unten § 183, 21 f. und § 185, 4.

[25] Gönner, Comment. I. 259 und 279; Erk. 15/5 66 Bl. XXXII. 129; 3/8 67 Bl. *XXXI. 280. Vgl. unten § 185, 4.

[26] Einf. Ges. zum H.G. § 7. „Werden die auf speziellen Rechtstiteln beruhenden Reallasten, welche nach § 22 Nr. 5 des Hypothekengesetzes eingetragen werden müssen, bei dem Hypothekenamte nicht angemeldet, so hat diese Unterlassung keine andere Folge, als daß die Reallast den inzwischen eingetragenen Hypotheken auf den Fall nachstehen muß, wenn wegen derselben die Sache um einen geringern Preis verkauft und dadurch eine Hypothekenforderung nicht befriedigt wird."

Eintragung in das Grundsteuerkataster erforderlich, indem die Eintragung in diesem zwar den Beweis des Bestandes zu liefern vermag, die Nichteintragung aber keinen Anhaltspunkt für die Freiheit des Eigenthums gewährt [27].

Die Zahl der Reallasten ist so wenig bestimmt als die der Realservituten. Nach Bayrischem Recht steht der Begründung neuer Reallasten nichts entgegen [28], und es kann daher auch der Inhalt so manigfaltig sein, als die Möglichkeit vertragsmäßiger Festsetzung. Ausgeschlossen sind jedoch die früher als Reallasten begründeten und durch die Ablösungsgesetze theils beseitigten theils fixirten nicht ständigen Reallasten, nämlich die Frohnden [29], das Mortuarium [30], der Hand-

---

[27] Das Grundsteuergesetz 15/8 28 Art. 95 bestimmt: „Zur Erledigung der Beschwerden wegen angeblich irriger Liquidation der Dominikalien Zehenten und anderer nutzbarer Rechte jeder Art wird zur Herstellung eines sichern definitiven Besitzstandes verordnet, daß alle Besitzer solcher Rechte, es mögen dieselben der Staat, Stiftungen, Gemeinden und andere Corporationen oder Privaten sein, von der einen Seite, und alle Pflichtigen von der andern Seite verbunden seien, innerhalb einer Frist von drei Jahren von dem Tage des ausgeflossenen oben bestimmten Reklamationstermines an gerechnet alle Unrichtigkeiten in dem ganzen Umfang ihrer Rechte und Lasten dem Steuerkontrollamte zur Berichtigung und Vervollständigung des Katasters anzuzeigen. Nach dem Ablaufe dieser Fristen sind alle nicht angemeldeten Ansprüche und Reklamationen ausgeschlossen und das Grundsteuerkataster so wie das mit demselben in Verbindung stehende Umschreibkataster, insoferne sie die gesetzlichen Erfordernisse haben, gelten als Saal- und Lagerbuch mit Beweiskraft nicht nur in Ansehung der Steuerverhältnisse, sondern auch über die Rechte und Verbindlichkeiten der Betheiligten für die Zukunft." Allein die Unterlassung der Anmeldung und Eintragung in das Grundsteuerkataster beweist nichts für die Freiheit des Grundeigenthums; die nicht angemeldeten Reallasten sind nur von der Eintragung ausgeschlossen aber nicht in ihrem Rechtsbestand alterirt. Erk. 28/12 53 und 16/2 57 Bl. XXII. 381; 21/2 62 Bl. XXVIII. 54. Ueber die Beweiskraft des Grundsteuerkatasters für die hier eingetragenen Rechtsverhältnisse vgl. unten § 183, 11.

[28] Vgl. unten § 170, 11 f.

[29] Vgl. über diese: Seuffert, Baurecht 101; Dunker, R.L. § 52; Renaud, R.L. 47; Friedlieb, R.L. 279; Eichhorn, P.R. § 249; Mittermair, P.R. § 189 f.; Maurenbrecher, P.R. § 340 f.; Gengler, P.R. § 80; Hillebrand, P.R. § 171; Beseler, P.R. § 192 c; Gerber, P.R. § 186. Unter den Bayrischen Statuten erwähnten sie nur Bayr. L.R. II. 11 vgl. Seuffert, Baurecht 101, und Pr. L.R. II. 7. 308 f. vgl. Koch, P.R. § 360—362. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 362 und über Fulda Thomas, Fuldaisches Recht § 194 f. und Weber III. 1092 f. Sie fanden sich theils als selbstständige Reallasten theils als Gegenleistungen Friedlieb, R.L. 297. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 48 Art. 2. sind alle

lohn[31] und der Zehnt[32]. Ueberhaupt nicht zu den Reallasten ge-

---

Naturalfrohndienste, soweit sie privatrechtlicher Natur sind, von 1. Januar 1849 an unentgeltlich aufgehoben mit Ausnahme der Holzfrohnen Art. 18. Erk. 3/8 67 Bl. XXXI. 280 will dieß auf die auf dem gutsherrlichen Verband beruhenden Dienste beschränken, und nimmt daher den Fortbestand der auf einem Grundstück ruhenden Verpflichtung zu Wasenmeisterdiensten an, wie dieß ebenso Erk. 16/11 66 Bl. XXXII. 106 für die einem Grundstück obliegende Verpflichtung zur Faselviehhaltung ausgesprochen ist. Allein mir scheint dieß mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar zu sein. Auch Pözl Vf.R. § 66, 2 b nimmt an, daß durch die Bestimmung des Grundentlastungsgesetzes alle auf einem Privatrechtstitel beruhenden Frohnen aufgehoben seien. In der unentgeltlichen Aufhebung liegt an sich das Verbot der Neuconstituirung solcher Dienste.

[30] Vgl. über dieses: Dunker, R.L. § 55; Renaud, R.L. 55; Friedlieb, R.L. 303; Eichhorn, P.R. § 71; Mittermair, P.R. § 93, 24 f.; Maurenbrecher, P.R. § 343; Gengler, P.R. I. 125 f.; Zur Lehre von Mortuarium Bl. VII. 315. Unter den Bayrischen Statuten erwähnen dasselbe: Bayr. L.R. I. 8. 14; Bayreuth, Handlohnsordnung 1760 c. 21 Arnold II. 243; Hohenlohe L.R. III. 8. 6 Arnold II. 462; Öttingen V. 28/9 1767 Arnold II. 540; Rothenburg Handlohns- und Hauptrechtsordnung 14/7 1600 Arnold II. 585; Deutschorden V. 7/5 1731 Arnold II. 695. Ueber Würzburg vgl. Schneidt de mortuario in Thes. I. 1363 und Weber III. 356. Auch das Mortuarium fand sich theils als Reallast theils als Gegenleistung Dunker, R.L. 233; Renaud R.L. 55; Friedlieb, R.L. 278. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 48 Art. 3 ist das Mortuarium soweit es noch bestand unentgeltlich aufgehoben vgl. Pözl, Vf.R. § 66, 7. Auch hier ist durch die unenentgeltliche Aufhebung die Neubegründung ausgeschlossen.

[31] Vgl. über diesen: Seuffert, Baurecht 14; Dunker, R.L. § 54; Renaud, R.L. 55; Mittermair, P.R. § 495; Maurenbrecher, P.R. § 344 f. und die Literatur bei Gengler, P.R. § 238. In den Bayrischen Statuten finden sich folgende gesetzliche Bestimmungen: Bayr. L.R. IV. 7. 11; Pr. L.R. I. 18. 714 f.; Ansbach Handlohnsordnung 1697 Arnold II. 40; Bayreuth Handlohnsordnung 1/12 1760 Arnold II. 231; Castell, Handlohnsordnung 1789 Arnold II. 278; Eichstädt, Handtlangsordnung 1689 Arnold II. 341; Hohenlohe, L.R. III. 8. 4. Arnold II. 460; Nürnberg Reform. XXIII. 13; Rothenburg, Handlohnsordnung 14/7 1600 Arnold II. 585; Schwarzenberg, Handlohnsordnung 1767 Arnold II. 637; Bamberg Handlohnsregulativ 1735 Weber I. 869 und 1791 Weber I. 838. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 348 und Schelhaß, Darstellung § 120, und über Fulda, Weber I. 1074 und Thomas § 155 f. Der Handlohn war in der Regel Gegenleistung, kam aber auch als selbstständige Reallast vor s. Dunker, R.L. S. 231; Renaud, R.L. 54; Friedlieb, R. L. 277. Durch Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 15 wurde der Handlohn fixirt und theilweise abgelöst vgl. unten § 174, 8 und Pözl, Vf.R. § 67, 6. Die in Art. 8. des Grundentlastungsgesetzes allgemein angeordnete Fixation unständiger Abgaben enthält an sich das Verbot der Neubegründung.

hörten die jetzt gesetzlich aufgehobenen Bannrechte [33] und der Retrakt [34].

Gemeinrechtlich werden von vielen auch Witthum [35] Apanage [36] und Altentheil [37] zu den Reallasten gerechnet, was jedoch in dem Bayrischen Recht keine Anwendung findet, da für die beiden ersteren die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen, und hinsichtlich des letzteren eine constante Praxis entgegensteht [38], die in unseren Statuten nämlich dem

---

[32] Vgl. Seuffert, Baurecht 80, Dunker, R.L. § 53, Friedlieb, R.L. § 69, Eichhorn, P.R. § 252, Mittermair, P.R. § 181 f., Maurenbrecher, P.R. § 334 f., Hillebrand, P.R. § 170, Beseler, P.R. § 192 b, Gerber, P.R. § 190, Koch, P.R. § 357 f., Unger, Ö. P.R. § 63, 47, und die Literatur bei Gengler, P.R. § 79. Die Bayrischen Statuten enthalten folgende Bestimmungen: Bayr. L.R. II. 10; Pr. L.R. II. 2. 857 f.; Ansbach Zehntinstruktion 1665 Arnold II. 35; Bayreuth Zehntedikt 1666 Arnold II. 195; Eichstädt Zehntordnung 1709 Arnold II. 369; Rothenburg V. 11/4 1723 Arnold II. 591; Schwarzenberg V. 25/6 1788 Arnold II. 657; Fulda Zehntordnung 7/3 1766 Weber III. 1083; F. Augsburg Zehntordnung 1693 Weber IV. 26; F. Salzburg Zehntordnung 3/12 1677 Weber V. 139. Ueber Würzburg vgl. Weber III. 363 und Schelhaß, Darstellung § 120, 7; über Vorderösterreich Weber IV. 1326. Durch Grundentlastungsgesetz 4/6 1848 Art. 4 sind der Blutzehnt und der noch nicht erhobene Neubruchzehnt sowie der Kleinzehnt da wo er nicht bereits seit 30 Jahren hergebracht oder durch Vertrag Vergleich oder richterliches Erkenntniß anerkannt ist ohne Entschädigung aufgehoben, und durch Art. 8—14 ist für alle übrigen Zehnten die Fixation vorgeschrieben vgl. Pözl, Vf.R. § 66, 9 und § 67, 8 und unten § 174, 9, worin an sich das Verbot der Neubegründung gegeben ist.

[33] Vgl. Dunker, R.L. § 57 und Friedlieb, R.L. § 6.

[34] Friedlieb, R.L. § 7 vgl. oben § 142.

[35] Friedlieb, R.L. § 74, 1; Gerber, P.R. § 169, 5; Beseler, P.R. § 191 III.; Unger, Ö. P.R. § 63, 50 und Mittermair, P.R. § 173, 7; s. dagegen Dunker, R.L. § 46, 332 a. Das Bayrische Recht gewährt für das Witthum einen gesetzlichen Hypothektitel unten 189, 23, so daß also hier die Begründung einer Reallast nicht erforderlich ist.

[36] Maurenbrecher, P.R. § 629, Unger, Ö. P.R. § 63, 50; s. dagegen Dunker, R.L. § 45. Nach Bayrischem Recht kommt die Frage nicht in Betracht, da bei Fideicommissen für Apanagen ein besonderer Fond bestellt werden muß F.E. § 12, und bei bäuerlichen Erbgütern die Alimente einen gesetzlichen Hypothektitel haben unten § 189, 38.

[37] Zu den Reallasten rechnen diesen: Runde, Leibzucht II. § 39, Friedlieb, R.L. 284, Heimbach, R.L. 109, Eichhorn, P.R. § 163 i, Maurenbrecher, P.R. § 732, Walter, P.R. § 529, 7, Unger, Ö. P.R. § 63, 51, Förster, P. P.R. § 188, 80, ebenso Erk. Darmstadt Sf. II. 327 und XVII. 269; Cassel 10/9 36 Pfeiffer, Prakt. Ausführungen VIII. 359; dagegen erklärt sich Dunker, R.L. § 44.

[38] Erk. 8/8 43 Bl. IX. 191; 27/6 46 Bl. XII. 14; 12/3 59 Bl. XXV. 397; 27/6 64 Bl. XXIX. 336; 5/2 69 Bl. XXXVI. 248; 5/6 69 Z. A.B. X. 47. Vgl. Arnold, zur Lehre vom Ausgeding Bl. XII. 12, und: Ueber Ein-

Bayrischen [39] und Bamberger [40] Landrecht der Fränkischen L.G.O. [41] und dem Fuldaer Recht [42] bestätigt ist [43]. Auch die mit der bäuerlichen Abfindung in Verbindung stehenden Erbgelder, welchen von manchen die Eigenschaft der Reallast beigelegt wird [44], sind nach Bayrischem Recht nicht dazu zu rechnen [45].

Gemeinrechtlich ist es bestritten ob das Princip der freien Radicirung gelte, d. h. ob jede mögliche Leistung als Reallast auferlegt werden könne [46], oder ob dieß auf die durch Gesetz oder Gewohnheit als solche anerkannten Reallasten zu beschränken sei [47]. Nach Bayrischem Recht ist nur für einzelne Arten von Reallasten die Constituirung verboten [48], im übrigen aber das Prinzip der freien Radicirung anerkannt.

---

tragung des Altentheils in das Hypothekenbuch Bl. XVIII. 193; vgl. auch Bl. XXXII. 49. Es gründet sich dieß darauf, daß nach G.O. XX. 20 der Altentheil, insoweit der Berechtigte sich nicht das Eigenthum vorbehalten hatte, nur durch ein stillschweigendes Pfandrecht geschützt war, und daß der Berechtigte jetzt nach H.G. § 137 Hypothek bestellen lassen muß. Die in Erk. 5/2 69 Bl. XXXVI. 248 gewählte Auffassung des Altentheils als Personalservitut scheint mir nicht begründet, vgl. oben § 152, 12.

[39] Anm. f. zu G.O. XX. 10. „Bei denen s. g. Austräglern muß man sehen ob sie sich für die ausgetragene Portion das dominium vorbehalten haben oder nicht; letztenfalls kommen sie jure crediti erstenfalls aber jure separationis."

[40] Bamberg L.R. 67—72. Dieses Gesetz enthält keine Bestimmung, und der Vertrag an sich hat daher keine dingliche Wirkung Weber, Prov.R. I. 102 d. Ueber die Abfindung nach Bamberger Recht vgl. Z. A. B. II. 369 und VI. 369.

[41] Nach Würzburger Recht begründet der Leibgedingsvertrag nur einen persönlichen Anspruch Schneidt, de contractu vitalitio § 3; Weber, Prov.R. III. 437; Schelhaß, Darstellung § 124, 13; Bl. * XXXVI. 111, 1.

[42] Weber, Prov.R. III. 1058.

[43] Das Preußische Recht enthält keine Vorschriften Förster, P. P.R. § 188, 78. Die Preußische Jurisprudenz neigt sich zur Annahme der Dinglichkeit Förster, P. P.R. § 188, 81; s. dagegen Z. A.B. X. 47. 1.

[44] Dieser Meinung sind Runde, Interimswirthschaft S. 204; Pfeiffer, praktische Ausführungen IV. 294; Friedlieb, R.L. § 75; s. dagegen Dunker, R.L. § 56.

[45] Für diese ist Eintragung einer Hypothek vorgesehen H.G. § 99, 2 vgl. unten § 190, 9. Bei bäuerlichen Erbgütern haben die Anerben für ihre Abfindung einen gesetzlichen Hypothektitel unten § 189, 38.

[46] Diese Ansicht vertheidigt Maurenbrecher, P.R. § 323, 10.

[47] Dieser Ansicht sind Dunker, Z. f. D. R. XI. 483, Heimbach, R.L. 107, Unger, Ö. P.R. § 63, 49.

[48] Vgl. unten § 170, 13.

Titel 1.

Entstehung und Beendigung.

§ 170.

I. Entstehung.

Reallasten können entstehen:

1. Durch Gesetz [1]. Die Möglichkeit der Begründung neuer privatrechtlicher Reallasten durch Gesetz kann nach Bayrischem Recht keinem Zweifel unterliegen, da in dem Gesetz 28/5 1852 der Fall einer Neubegründung vorliegt [2].

II. Durch Privatdisposition nämlich durch Vertrag oder letztwillige Verfügung [3]. Ueber die Frage ob und unter welchen Voraussetzungen die Begründung von Reallasten durch Privatdisposition nach unserem jetzt geltenden Recht als zuläßig anzusehen sei sind die Meinungen getheilt. Die eine Classe erklärt die Neubegründung überhaupt für unzuläßig [4], oder läßt sie nur für bestimmte Arten von Reallasten zu [5]. Die andere Classe unterscheidet nicht nach dem Inhalt der Reallasten sondern nach der Form der Errichtung; und zwar erklärt sich die eine Meinung von der Voraussetzung ausgehend, daß nach früherem Recht die Constituirung von Reallasten nur durch gerichtliche Auflassung habe erfolgen können [6], und daß dazu keinenfalls

---

[1] Dunker, R.L. § 24; Heimbach, R.L. 91; Friedlieb, R.L. § 58; Walter, P.R. § 152, 1.

[2] Vgl. unten § 180.

[3] Die letztere wird dem Vertrag gleichgestellt, und es sind die Voraussetzungen für beide Begründungsarten die gleichen Dunker, R.L. § 27, Heimbach, R.L. 110, Maurenbrecher, P.R. § 323, 11.

[4] Renaud, R.L. 104—110 erklärt die Neuerrichtung von Reallasten für schlechterdings unmöglich, weil die Möglichkeit der Theilung der Gewere, auf welcher nach seiner Ansicht das ganze Rechtsinstitut beruht, weggefallen sei.

[5] Eichhorn, P.R. § 163 und 164 will unbeschränkte Neubegründung nur bei solchen Reallasten zulassen bei welchen der Realberechtigte Proprietätsrechte an der Sache hat. Auf diesem Standpunkt steht das Preußische Landrecht, welches nur vorbehaltene nicht auferlegte Leistungen als Reallasten anerkennt Koch, Pr.R. § 353, 17 und 18. Ueber die Frage der Anwendbarkeit dieses Grundsatzes in Bayern vgl. unten Note 12.

[6] Diese Annahme ist fast allgemein s. z. B. Dunker, R.L. § 16 und 25, Beseler, Pr.R. § 190. I. d, und unten § 176, 11; s. jedoch Friedlieb R.L.

die Einhaltung der gemeinrechtlichen Vorschriften über Begründung dinglicher Rechte genüge [7] dahin, daß die Neubegründung von Reallasten nur da zuläßig sei, wo sie nach dem Landesrecht durch gerichtliche Auflassung oder eine diese ersetzende Form erfolgen könne [8], oder daß sie allgemein einen qualificirten Vertrag d. h. richterliche Bestätigung voraussetze [9], während die andere Meinung nach jetzt geltendem Recht den einfachen Vertrag für die Neubegründung von Reallasten als genügend ansieht [10]. Nach Bayrischem Recht kann die Möglichkeit der Begründung von Reallasten durch Disposition nicht in Zweifel gezogen werden, da sie bei dem Ewiggeldinstitut notorisch in beständiger Uebung [11] und bei anderen Reallasten durch neuere Gesetze als zuläßig erklärt ist [12], so daß sie also nur für die durch Gesetz ausdrücklich

---

§ 60. I. der es mit Recht bezweifelt, daß man den Satz in solcher Weise generalisiren könne. Die ganze Lehre von der gerichtlichen Auflassung ist überhaupt noch nicht genau genug untersucht, um diese Frage so bestimmt beantworten zu können. Der Satz gilt wenigstens nicht für das ältere Bayrische Recht, da z. B. für das Ewiggeld der Stadt München die gerichtliche Errichtung erst 1478 wieder vorgeschrieben wurde vgl. unten § 177, 17.

[7] Es wird dieß damit motivirt, daß nach den Grundsätzen des römischen Rechts ein Vertrag mit der Wirkung des rechtsverbindlichen Uebergangs auf Dritte nicht eingegangen werden könne s. Dunker, R.L. § 25. II.; Beseler, P.R. § 190. I. d.

[8] Diese Ansicht vertheidigen Mittermair, P.R. § 196, 8, Hillebrand, P.R. § 164, 2, Beseler, P.R. § 190, 8 und Dunker, R.L. § 26, der daher für das gemeine Recht die Zuläßigkeit der vertragsmäßigen Begründung von Reallasten läugnete und nur partikularrechtliche Ausnahmen anerkennen wollte.

[9] Diese Ansicht ist später von Dunker, Z. f. D. R. XI. 450 f. ausgeführt und darauf begründet, daß die richterliche Bestätigung die früher erforderliche gerichtliche Auflassung ersetze. Ihm treten bei Heimbach, R.L. 105; Gerber, P.R. § 170, 4; Gengler, P.R. § 71, 32.

[10] Dieser Ansicht sind: Runde, Leibzucht II. § 36; Albrecht Gewere 182 f. und Kritische Jahrbücher 1839, 322; Maurenbrecher, P.R. § 323, 3; Walter, Pr.R. § 152. II. In der Hauptsache scheint auch die etwas verworrene Ausführung bei Friedlieb, R.L. § 60 und 61 damit übereinzustimmen. Ebenso erklärt sich dafür Erk. Celle 13/1 56 Sf. XI. 273.

[11] Vgl. unten § 177.

[12] Die Auflegung von Bodenzinsen ist in dem Bewässerungsgesetz 28/5 52 Art. 14 dann Weidegesetz 28/5 52 Art. 17 und 42 und der Gem.O. 29/4 69 Art. 27 dem Forstgesetz 28/5 52 Art. 29 und 30 und dem Gesetz über die kirchliche Baupflicht 28/5 52 Art. 9 in Aussicht genommen; vgl. unten § 174, 19 f. Dadurch ist die in dem Preußischen Recht oben Note 5 bestimmte Beschränkung als beseitigt anzusehen.

aufgehobenen Reallasten ausgeschlossen ist [13]. Bezüglich der dabei zu beobachtenden Form enthalten die Bayrischen Gesetze keine den Reallasten eigenthümliche Vorschriften [14], und es gelten daher für sie die allgemeinen für Begründung dinglicher Rechte getroffenen Bestimmungen [15].

III. Durch Zeitablauf. Ebenso bestritten ist die Frage, ob eine Begründung von Reallasten durch Zeitablauf möglich sei. Während die eine Classe die Begründung der Reallasten durch erwerbende Verjährung für unzuläßig erklärt und nur den Schutz eines seit unvordenklicher Zeit bestehenden Quasibesitzes anerkennt [16], läßt die andere Classe die Ersitzung zu, unterscheidet sich aber in der Bestimmung der Voraussetzungen, indem die eine Meinung die Regeln der ordentlichen [17], die andere Meinung die der außerordentlichen Ersitzung [18] für anwend-

[13] Vgl. oben § 169, 33—36.

[14] Für die Grundzinsen bezeugt Kreittmayr Anm. 1 f. zu L.R. IV. 7. 33 die Formlosigkeit des Vertrags. „Dergleichen Zinsen mögen sowohl per contractum als ultimam voluntatem aut praescriptionem erlangt werden... Das erste geschieht zwar meistentheils per contractum innominatum.... zuweilen aber auch per donationem aut emtionem venditionem..." dann Anm. 2 zu L.R. IV. 7. 33. „ist zwar die Schrift in contractu censitico nicht sowie in emphytheutico vonnöthen...." Eine Ausnahme ist nur bei dem Ewiggeldinstitut durch die Nothwendigkeit der Eintragung in das Grundbuch gegeben unten § 177. Ueber die Bedeutung der Eintragung der Reallasten in das Hypothekenbuch, die nach Bayrischem Recht fakultativ ist, vgl. oben § 169, 24.

[15] Nach Not.Ges. Art. 14 ist die vertragsmäßige Begründung von Reallasten dem Verbriefungszwang unterworfen Zink, Comment. 433. Richterliche Bestätigung des Vertrags ist nach Bayrischem Recht weder vorgeschrieben noch zuläßig.

[16] Friedlieb R.L. § 66; Mittermair, P.R. § 196, 18; Hillebrand, P.R. § 164, 7; Gengler, P.R. § 71, 33; Gerber, P.R. § 170, 8; Beseler, P.R. § 190, 7; Erk. Celle 27/3 61 Sf. XV. 40.

[17] Heimbach, R.L. 113; Maurenbrecher, P.R. § 323, 12; Walter, P.R. § 152, 5; Unger, Ö. P.R. § 63, 29; Reyscher, W. P.R. § 256, 17; Erk. Darmstadt 10/1 33 Sf. III. 192; Celle 16/3 43 Sf. XI. 168. Dieß gilt auch nach Preußischem Recht Koch, P.R. § 353, 20. Gegen die Zuläßigkeit der ordentlichen Ersitzung sprechen sich aus Erk. Kiel 19/2 45 Sf. VII. 214 und Heidelberg 1856 Sf. XII. 290.

[18] Erk. Cassel 14/2 27 Pfeiffer, Prakt. Ausf. II. 145 und 19/5 40 Sf. VI. 232; Lübeck 30/9 54 Sf. IX. 201; Wolfenbüttel 1841, 1847 und 1862 Sf. XVII. 83. Auf das gleiche Resultat kommen Dunker, R.L. § 29 und Renaud, R.L. 110, indem sie Schutz im Besitz durch Verjährung der actio negatoria annehmen.

bar hält, und eine dritte Meinung nach der Natur der einzelnen Institute unterscheidend die Regeln der ordentlichen Ersitzung für die als Modifikationen des Grundeigenthums erscheinenden Reallasten die unvordenkliche Verjährung für die auf einem Subjektionsverhältniß beruhenden gelten läßt [19]. Der O.G.H. hat sich durch constante Praxis für die Anwendung der Regeln von der außerordentlichen Eigenthumsersitzung auf die in regelmäßig wiederkehrenden Leistungen bestehenden Reallasten ausgesprochen [20], während er für diejenigen Reallasten, bei denen dieß nicht der Fall ist, unvordenkliche Verjährung für erforderlich hält [21].

§ 171.

II. Inhalt.

Die Reallast als Ganzes haftet auf dem ganzen Grundstück und ist untheilbar [1]. Sie geht auf jeden Erwerber des belasteten Objekts über [2], und zwar auch bei Zwangsverkauf [3]. Letzteres ist auch in dem Bayrischen Recht anerkannt [4], jedoch mit der Modification, daß die nicht in das Hypothekenbuch eingetragenen Reallasten den einge-

---

[19] Eichhorn, P.R. § 163 und 164. Savigny, System IV. 514. Vgl. darüber Erk. Stuttgart 3/10 46 Sf. I. 170.

[20] Erk. München 15/4 53 Sf. VI. 232 u. Bl. * XVIII. 61; 6/5 61 Sf. XV. 40; 17/3 62 Bl. XXVII. 380; 3/3 68 Bl. XXXIII. 294. Als allgemein geltende Regel setzt dieß voraus Grundlastenablösungsgesetz 4/6 48 Art. 4: „Der Kleinzehnt ... wo er nicht bereits seit 30 Jahren hergebracht ... ist." Vgl. Erk. 26/4 52 Bl. XVIII. 394.

[21] Erk. 29/3 und 30/3 48, 26/4 51 und 9/5 54 Bl. XX. 10; 17/3 62 Bl. XXVII. 380.

[1] Renaud, R.L. 91; Heimbach, R.L. 90, 208; Friedlieb, R.L. 339; Mittermair, P.R. § 174, 31; Erk. 16/11 66 Bl. XXXII. 106.

[2] Unger, Ö. P.R. § 63, 24; Förster, P. P.R. § 188, 27. Vgl. oben § 169, 25.

[3] Maurenbrecher, P.R. § 321, 4; Mittermair, P.R. § 174, 26.

[4] G.O. 1753. XVIII. 7. Nr. 8. „Dagegen bleiben die Dienstbarkeiten, ewige Gelder und andere dergleichen Realonera, soweit solche schon vor der Gant rechtmäßiger Weise und bona fide auf das vergante Gut gekommen seind, noch ferner darauf liegen, und soll sich auch hiernach in dem Gutsanschlag gerichtet werden." Proz.O. 1869. Art. 1057: „Stillschweigende Bedingungen der Zwangsversteigerung sind: 3 daß ... das Eigenthum der angesteigerten Sache ... von dem Augenblick des Zuschlags an auf den Ansteigerer übergeht mit den Rechten sowie mit den dinglichen Lasten mit welchen der Eigenthümer die Sache besessen hat." Unter den letzteren sind namentlich auch die Reallasten begriffen Barth, Commentar § 415.

tragenen Hypotheken und die später eingetragenen Reallasten den früher eingetragenen Hypotheken für den Fall nachstehen, daß wegen dieser Reallasten die Sache um einen geringeren Preis verkauft und dadurch eine der betreffenden Hypothekforderungen nicht befriedigt wird [5].

Ob sich die Dinglichkeit auch auf die einzelne fällige Leistung erstrecke ist in der Gesetzgebung Theorie und Praxis von jeher bestritten gewesen, indem nach der einen Ansicht auch die einzelne Leistung einen dinglichen Charakter hat, und demnach gegen den jeweiligen Eigenthümer geltend gemacht werden kann [6], während nach der anderen Ansicht die einzelne fällige Leistung nur als persönliche Verbindlichkeit des jeweiligen Eigenthümers erscheint, so daß also der Singularsuccessor für die Rückstände seines Vorgängers nicht in Anspruch genommen werden kann [7], und der Eigenthümer für die während der Dauer seines Eigenthums verfallenen Leistungen persönlich haftet [8]. Für die Entscheidung dieser

---

[5] Einf.Ges. zum H.G. § 7; Gönner, Comment. II. 204. Vgl. oben § 169, 26.

[6] Diese Ansicht vertreten: Dunker, R.L. § 36; Renaud, R.L. 95, 221; Heimbach, R.L. 73; Gengler, P.R. § 75, 37; Erk. Rostock 7/4 62 Budde, Entsch. IV. 167 und Sf. XVII. 85; Göttingen 23/11 48 Sf. XXI. 65. Von neueren Gesetzen erkennen diesen Grundsatz an: Weimarisches Ges. 21/11 36; Sächsisches B.G.B. Art. 510; Entwurf III. 344. Dasselbe behauptet Reyscher, W. P.R. § 255 auch für das Württembergische Recht, was aber von Wächter, Erörterungen I. 127 als völlig ungegründet nachgewiesen ist.

[7] Wächter, Erörterungen I. 127 und W. P.R. II. § 48; Häberlin, R.L. § 160; Friedlieb, R.L. 330; Eichhorn, P.R. § 166. II.; Mittermair, P.R. § 175; Maurenbrecher, P.R. § 321, 2; Walter, P.R. § 151, 4; Hillebrand, P.R. § 162, 2; Beseler, P.R. § 190. III.; Gerber, P.R. § 171, 3; Unger, Ö. P.R. § 63, 32; Förster, P. P.R. § 188, 38; Erk. Jena 20/2 45 Sf. V. 215. Dasselbe nehmen Burchardi, Staatsbürgerl. Magazin VII. 194 und Esmarch, Schleswigisches Recht 1854. S. 160 für das Schleswig-Holsteinische Recht an, während Paulsen, Schleswig-Holsteinisches Privatrecht § 71, 1 die oben Note 6 ausgeführte Meinung vertritt.

[8] Er wird also auch nicht durch Dereliction von der Haftung für die während seines Besitzes verfallenen Leistungen befreit Gerber, Pr.R. § 171, 3; Hillebrand, Pr.R. § 162; Walter, P.R. § 151 IV.; Wächter, W. P.R. II. 314; Unger, Ö. P.R. § 63, 32; Förster, P. P.R. § 188, 42; Arnold, Einklagung der Hypothekzinsen § 81. A. M., Mittermair § 173, 31 der durch Derelíktion die Verpflichtung für die verfallenen Leistungen beendigt glaubt. Dieß läßt sich aber mit der Auffassung von Mittermair, daß die Verpflichtung zu der einzelnen Leistung eine persönliche sei, nicht vereinigen, ist vielmehr eine natürliche Consequenz der unter Note 6 aufgeführten Meinung s. Dunker, R.L. S. 78 und Renaud, R.L. S. 95.

Frage geben die älteren Bayrischen Rechtsquellen keine allgemein anwendbare Vorschrift. In dem Rechtsgebiet des Bayrischen Landrechts sind die Bestimmungen für die einzelnen Arten der Reallasten verschieden [9]. Während bei dem Ewiggeld die Haftung des Nachfolgers für die Rückstände gesetzlich bestimmt ist [10], und bei dem Zins von Kreittmayr als zweifellos erklärt wird [11], war bei dem Zehnt durch gesetzliche Bestimmung [12] und bei dem Handlohn durch Uebung [13] der entgegengesetzte Grundsatz anerkannt. Auch das Preußische Landrecht enthält keine entscheidende Bestimmung, und es ist daher die Ansicht der Preußischen Juristen getheilt [14]. Indessen ist in Bayern durch die neuere Gesetzgebung die Frage gegen die Dinglichkeit entschieden [15]. In der Prioritätsordnung 1/6 1822 sind nämlich die verfallenen Leistungen als eine persönliche Schuld des Besitzers aufgefaßt, und es ist dem Gläubiger für die Rückstände aus dem bei Eröffnung des Concurses laufenden Jahr und den zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren die Stelle in der ersten Classe für die übrigen Rückstände in der fünften Classe eingeräumt [16], und zwar steht dem Gläubiger dieses Recht an dem ganzen Vermögen des Schuldners zu ohne Rücksicht darauf ob sich die Sache noch in der Masse befindet oder nicht [17],

[9] Arnold, Einklagung der Hypothekzinsen § 82, 2 will für das Bayrische Recht überhaupt ein allgemeines Princip nicht anerkennen; allein er hat dabei die Bestimmungen der Prior.O. unten Note 16 gar nicht in Betracht gezogen.

[10] Vgl. unten § 178, 38.

[11] Kreittmayr, Anm. 5 zu L.R. IV. 7. 33: in censu reali aber welcher entweder gleich anfänglich oder mit der Zeit auf das Gut gelegt worden ist hat er um die rückständige Zinsen als Onera realia actionem realem et confessoriam utilem sowohl gegen den Zinsmann selbst als alle folgenden Gutsinhaber.

[12] Bayr. L.R. II. 10. 4: Haftet der Gutsinhaber für die unter seinem Vorfahren etwan verfallen oder rückständigen Zehenden nicht er seye dann Successor universalis.

[13] Erk. 3/12 49 Bl. IX. 285; Arnold, Einklagung § 82, 2.

[14] Selbst die Entscheidungen des Obertribunals sind sich widersprechend s. Förster, P. P.R. § 188, 62 f.

[15] Eine Ausnahme macht nur das Ewiggeld, bei welchem die Dinglichkeit durch die frühere Gesetzgebung bestimmt und in der neueren Gesetzgebung ausdrücklich anerkannt ist vgl. unten Note 18 und § 178, 21.

[16] Prior.O. § 12. Nr. 7 und § 16 Nr. 2. Die gleiche Bestimmung hinsichtlich der zweijährigen Rückstände hat das Württembergische Prioritätsgesetz 15/4 1825 Art. 4 und 16.

[17] Die Prioritätsordnung räumt den Reallastrückständen die Stelle in der ersten und fünften Classe ein ohne die Voraussetzung, daß sich die belastete Sache

während für Ewiggilten, deren Dinglichkeit zweifellos ist, dem Giltherrn im Concurs ein Separationsrecht eingeräumt ist [18]. Die Prioritätsordnung bezeichnet überdieß die Rückstände als Lasten des Vermögens [19] und stellt sie mit anderen Lasten gleich, deren Eigenschaft als persönliche Verpflichtung keinem Zweifel unterliegen kann [20]. Es erhellt hieraus, daß nach unserer neueren Gesetzgebung mit alleiniger Ausnahme des Ewiggelds, dessen gesonderte Stellung gesetzlich anerkannt ist, die einzelnen fälligen Leistungen der Reallasten als eine persönliche Verpflichtung des Eigenthümers für welchen sie verfallen sind erscheinen [21], und es ist dieß für die in dem Eigenthum des Staats stehenden Reallasten ausdrücklich anerkannt [22].

---

noch in der Masse befindet, während sie diese Voraussetzung für die Hypothek- und Faustpfandforderungen ausdrücklich ausspricht Pr.O. § 15 und § 21, 1. Es geht daraus unzweifelhaft hervor, daß nach den Bestimmungen der Prioritätsordnung die rückständige Leistung als eine persönliche Forderung aufzufassen sei Wächter, Erörterungen I. 130. Die von Bolley, Bemerkungen I. 77 und III. 1266 aufgestellte Ansicht, daß der Anspruch für die privilegirten zweijährigen Rückstände ein dinglicher der für die übrigen Rückstände ein persönlicher sei hat auch bei uns Anhänger gefunden s. Verh. d. K. d. Abg. 1831 Band 21 Prot. CXX. S. 125; allein diese Annahme ist ganz unhaltbar s. Wächter, Erörterungen I. 135, Auer, Einleitung 182 und Arnold Einklagung § 82.

[18] Prior.O. § 6: Das Separationsrecht steht ferner dem Ewiggeld der Stadt München sowohl in Ansehung der Capitalien als der davon zu entrichtenden jährlichen Gilten und Zinsen zu. Vgl. darüber unten § 178, 21. Daraus, daß den anderen Realrenten ein Separationsrecht nicht zusteht, ist mit Nothwendigkeit zu folgern, daß bei diesen die verfallene Leistung nicht als dingliche Last anzusehen sei Wächter, Erörterungen I. 129.

[19] Prior.O. § 12 Nr. 7: „Für eben diesen Zeitraum alle von dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtenden Real- oder öffentlichen Lasten, nämlich . . . b die anderen Reallasten an Bodenzins Gilten Zehnten und dergleichen."

[20] Prior.O. § 12. Nr. 7 stellt die aus dem Lehen- oder Grundbarkeitsverband schuldigen Leistungen an Geld Naturalien oder Diensten, die doch als Gegenleistungen auf einer persönlichen Verbindlichkeit beruhen, neben die Reallastrückstände, woraus die Gleichstellung der letzteren mit den ersteren zu folgern ist Wächter Erörterungen I. 130.

[21] Es ist dieß auch die Auffassung in Erk. 12/3 59 Bl. XXV. 397. Vgl. auch Bl. XXV. 100 Note. Auch die Proz.O. 1869 Art. 1092 bezeichnet die Reallasten als „dem jeweiligen Besitzer in dieser Eigenschaft obliegende Lasten."

[22] Finanzgesetz 28/12 31 § 32: „Pflichtend und haftend für rückständige Gefälle sind nur diejenigen Personen oder ihre Erben, welche das Objekt aus dem sich das Gefäll ergab zur Zeit besaßen wo das Gefäll angefallen ist, vorbehaltlich der Bestimmungen des Hypothekengesetzes und der Prioritätsordnung."

Die Reallast als Berechtigung [23] kann dauernd mit einem Immobile verbunden sein [24] oder einer physischen [25] oder juristischen Person [26] zustehen. Es wird eine juris quasi possessio daran angenommen [27], und der Berechtigte hat die possessorischen Rechts-

---

Der letztere Zusatz ist nicht ganz klar. Indeß läßt sich daraus ein Schluß auf die Annahme der Dinglichkeit nicht machen. Vgl. auch unten § 189, 8.

[23] Für das Recht auf die Reallast findet sich keine allgemein anerkannte technische Bezeichnung. Einige wählen den Ausdruck Realrecht und damit stimmt überein Hyp.G. § 40. „Von einem Gutscomplex soll . . . kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden." Gewöhnlich bezeichnet man nach Analogie der Servituten auch die Berechtigung als Reallast Dunker, R.L. 60, 90, Unger, Ö. P.R. § 63, 42, Wächter, W. P.R. II. § 48, 24.

[24] Maurenbrecher, P.R. § 319, 12, Mittermair, P.R. § 173, 17 und § 173 a, 3. In Bayern ist die Verbindung mit Grundbesitzungen als Bestandtheile derselben sehr gewöhnlich, und es ist Voraussetzung der selbstständigen Hypothekbestellung auf fruchtbringenden Rechten, daß dieß nicht der Fall sei. Gönner, Comment. I. 118; vgl. unten § 187, 23. Vgl. auch Expr.Ges. 17/11 37 Art. 2: „nutzbare Rechte auf anderen unbeweglichen Sachen welche aktiv mit dem Entwehrungsgegenstand verbunden sind . . ." und Erk. 2/4 45 Bl. XII. 342.

[25] Unger, Ö. P.R. § 63, 44. Die Berechtigung kann hier auf Grund einer amtlichen Befugniß gegeben sein, wobei demnach die amtliche Stellung zur Legitimation des Berechtigten dient Mittermair, P.R. § 173, 17. In Bayern werden Besoldungen und Pensionen standesherrlicher Beamten nach constanter Praxis zu den Reallasten gerechnet, Gönner, Comment. I. 571; Erk. 30/10 60 Bl. XXVI. 300; 16/7 61 Bl. XXVII. 85. Erk. 10/8 33 Du Prel I. 118 hat dieß auf die Besoldungs- und Pensionsansprüche anderer ständig bestellter gutsherrlicher Beamten ausgedehnt; eine entgegengesetzte Entscheidung Erk. 4/1 39 Du Prel VI. 334. Ein weiterer Rechtsfall ist Erk. 13/1 17 Du Prel II. 107, ein Anspruch eines Gerichtsdieners auf jährliche Brodlieferung. In der Regel ist der Anspruch aus der Reallast ein gewöhnliches Vermögensrecht wie z. B. bei dem Ewiggeld.

[26] Dahin gehören die Leistungen an Pfarreien, die nicht wie Mittermair, P.R. § 173, 16 annimmt als an ein Amt geknüpft erscheinen. Instruktion zum H.G. § 16, 3: „wohl aber ist dasjenige was auf solchen Gütern an Unterhalt der Geistlichen an jährlichen Beiträgen zu Kirchen Schulen und anderen Stiftungen haftet, unter die auf speziellem Rechtstitel beruhenden Lasten zu rechnen, und hinsichtlich der Anmeldung und Eintragung in das Hypothekenbuch ebenso wie die Reallasten überhaupt zu behandeln." Dahin gehört der durch Gesetz 28/5 52 Art. 9 als Surrogat der Kirchenbaupflicht eingeführte Baukanon unten § 174, 23. Ebendahin sind die durch Bewässerungsgesetz 28/5 52 Art. 14 eingeführten Beitragsverbindlichkeiten der Mitglieder von Bewässerungsgenossenschaften zu rechnen unten § 174, 19.

[27] Dunker, R.L. § 21; Renaud, R.L. 64; Heimbach, R.L. 75; Gerber, P.R. § 170; Unger, Ö. P.R. § 63, 27. Vgl. oben § 130, 43.

mittel [28]. Der Berechtigte kann nicht nur die einzelne Leistung geltend machen sondern auch über die Reallast als ganzes verfügen; er kann sie daher, soweit sie überhaupt [29] oder selbstständig [30] veräußerlich ist, an ein anderes Rechtssubjekt übertragen, wobei die für die Begründung vorgeschriebenen Formen zu beobachten sind [31], und umgestalten [32]. Uebertragung durch erwerbende Verjährung ist nicht zuläßig [33].

§ 172.

III. Beendigung.

Die Reallasten erlöschen:

1. Durch Untergang des belasteten Grundstücks [1] und Consolidation [2].

2. Durch vertragsmäßige [3] oder gesetzliche [4] Umgestaltung oder Aufhebung [5].

---

[28] Vgl. unten § 178, 1.

[29] Unzuläßig ist die Uebertragung einer an die Person gebundenen Reallast wie der Pensionsberechtigung und der mit einem Amt verbundenen Ansprüche oben Note 25, Dunker, R.L. § 35, 264, Heimbach, R.L. 118.

[30] Die Reallast kann nicht selbstständig veräußert werden wenn sie aktiv als Bestandtheil eines Immobiles erscheint oben Note 24, Dunker, R.L. § 35, 266, Heimbach, R.L. 118.

[31] Dunker, R.L. § 35; Renaud, R.L. § 9; Heimbach, R.L. 117; Hillebrand, P.R. § 165; Gengler, P.R. § 72. Andere halten bloße Cession für genügend Friedlieb, R.L. § 87. I.; Eichhorn, P.R. § 165; Maurenbrecher, P.R. § 325, 6; Gerber, P.R. § 179, 10.

[32] Vgl. unten § 172, 3.

[33] Die in c. 1 in VI. (2. 13) angeordnete translative Ersitzung kirchlicher Zehnten ist auf andere Reallasten nicht auszudehnen Dunker, R.L. 164 f.; Renaud, R.L. 120; Heimbach, R.L. 118; Hillebrand, P.R. § 165, 4. Andere halten die Ausdehnung auf andere Reallasten für zuläßig wie Eichhorn, P.R. § 165 g und Maurenbrecher, P.R. § 325, 8.

[1] Mittermair, P.R. § 198, 3.

[2] Dunker, R.L. § 30; Mittermair, P.R. § 198. I; Walter, P.R. § 153, 1; Förster, P. P.R. § 188, 49.

[3] Dunker, R.L. § 31; Friedlieb, R.L. 345; Gerber, P.R. § 172, 2; Beseler, P.R. § 190, 17.

[4] Heimbach, R.L. 119; Friedlieb, R.L. 343; Beseler, P.R. § 194; Gengler, P.R. § 74; Hillebrand, P.R. § 167, 7. In Bayern ist die Fixirung der unständigen Abgaben angeordnet oben § 169, 31 und 32, die Ablösbarkeit aber

3. Durch Zeitablauf. Ueber die Möglichkeit der Erlöschung der Reallasten durch Zeitablauf sind die Meinungen getheilt. Während die eine Meinung Aufhebung der Reallasten durch Verjährung für unstatthaft erklärt und nur Verjährung der Klage auf die einzelne Leistung und Berufung auf Nichtleistung seit unvordenklicher Zeit zuläßt [6], läßt die andere Meinung zwar die erlöschende Verjährung bei den Reallasten zu, verfolgt aber rücksichtlich der Voraussetzungen verschiedene Richtungen, indem die einen außer dem Nichtgebrauch noch Ersitzung der Freiheit von Seite der Verpflichteten für erforderlich halten [7], während die anderen dreißigjährigen Nichtgebrauch für genügend ansehen [8], welcher letzteren Ansicht sich die constante Praxis unseres O.G.H. angeschlossen hat [9], womit auch das Preußische Recht übereinstimmt [10].

4. Durch Zwangsverkauf, wenn nicht eingetragene Reallasten den eingetragenen Hypotheken oder später eingetragene Reallasten den früher eingetragenen Hypotheken weichen müssen [11].

---

nur für die einzelnen Reallasten ausgesprochen vgl. unten § 174 und 178. Ueber die zwangsweise Uebertragung im Arrondirungsverfahren vgl. oben § 122, 19.

[5] Aufgehoben sind in Bayern die Frohnen und das Mortuarium oben § 169, 29 und 30.

[6] Friedlieb, R.L. § 90; Mittermair, P.R. § 198, 9; Beseler, P.R. § 191, 16; Gerber, P.R. § 172, 5; Hillebrand, P.R. § 167, 9.

[7] Renaud, R.L. 125 hält Erlöschen durch Nichtgebrauch für unzuläßig und läßt nur usucapio libertatis zu. Maurenbrecher, P.R. § 324, 5 setzt unvordenklichen Nichtgebrauch und Freiheitsersitzung, Reyscher, W. P.R. § 257, 13 dreißigjährigen Nichtgebrauch oder Freiheitsersitzung voraus. Erk. Stuttgart Sf. I. 185 Wiesbaden 2/11 53 Sf. IX. 323 und Darmstadt 1/2 62 Sf. XX. 154 halten dreißigjährigen Nichtgebrauch und usucapio libertatis für erforderlich; ebenso eine älteres Erk. München 10/2 29 Sf. II. 13.

[8] Dunker, R.L. § 33; Heimbach, R.L. 121; Eichhorn, P.R. § 167. III. 2 Walter, P.R. § 153. III; Unger, Ö. P.R. § 63, 40.

[9] Erk. München 2/6 49 Sf. III. 3 und Arends II. 93; 4/6 50 Sf. V. 6; 13/8 46 Bl. XIII. 262; 17/2 50 Bl. XVI. 71; 27/12 57 Bl. XXIII. 79; 11/9 60 Bl. XXVI. 252. Abweichend hinsichtlich der Kirchenbaulast Erk. 12/9 53 Bl. * XIX. 45. Ausdrücklich anerkannt ist die Erlöschung durch dreißigjährigen Nichtgebrauch für Grundzinsen Mainz L.R. XXIX. 1.

[10] Koch, Pr.R. § 354, 24; vgl. Bl. XXVII. 338 f.

[11] Vgl. oben § 169, 26. In Ges. 28/5 52 Art. 8 ist ausgesprochen, daß die auf Grundbesitz als Reallast zu radicirende kirchliche Baupflicht den bereits eingetragenen Hypotheken nachstehe.

§ 173.

IV. Rechtsmittel.

Zum Schutz der Reallasten dienen die possessorischen Rechtsmittel[1]. Für die einzelne fällige Leistung ist nach der Ansicht der einen eine dingliche Klage gegeben [2], während sie nach der Ansicht der andern durch eine persönliche Klage (actio in factum) verfolgt wird [3], welche letztere Auffassung nach dem oben ausgeführten dem Bayrischen Recht entspricht [4].

Für Anerkennung des Rechtes als ganzes ist dem Berechtigten die actio confessoria utilis [5] und zum Schutz gegen die Anmaßung ist dem Eigenthümer die actio negatoria utilis gegeben [6]. Eine davon abweichende Meinung will dem Berechtigten zur Geltendmachung des Rechts als ganzes nur eine persönliche Klage (Präjudicialklage) gewähren [7], was aber in dem Bayrischen Recht nach dem oben ausgeführten keine Anwendung finden kann.

---

[1] S. oben § 134, 24 und Bl. I. 38 und VI. 37. Vgl. Dunker, R.L. § 22; Renaud, R.L. § 5; Heimbach, R.L. 83; Friedlieb, R.L. § 82; Mittermair, P.R. § 174, 4; Maurenbrecher, P.R. § 322, 3; Unger, Ö. P.R. 63, 28.

[2] Dunker, R.L. § 23; Renaud, R.L. § 6; Heimbach, R. L. 87; Gengler, P.R. § 75; Hillebrand, P.R. § 163, 15; Maurenbrecher, P.R. § 322. Dieß war auch die Ansicht von Kreittmayr, Anm. 4 zu L.R. II. 10. 24, Anm. c. zu L.R. II. 11. 13, Anm. 5 zu L.R. IV. 7. 33.

[3] Wächter, Erörterungen I. 127 f.; Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 168; Friedlieb, R.L. 325; Eichhorn, P.R. § 166; Walter, P.R. § 151, 15; Gerber, P.R. § 171, 2; Beseler, P.R. § 190, 11; Förster, P. P.R. § 188, 45; Unger, Ö. P.R. § 63, 35.

[4] Vgl. oben § 171, 16 f. Nur bei dem Ewiggeld wird die einzelne fällige Leistung mit einer dinglichen Klage verfolgt unten § 179, 4 f.

[5] Dunker, R.L. § 23; Renaud, R.L. § 6; Heimbach, R.L. 87; Friedlieb, R.L. 323; Häberlin, Z. f. D. R. XVIII. 168; Eichhorn, P.R. § 166; Mittermair, P.R. § 173, 23; Maurenbrecher, P.R. § 322, 2; Hillebrand, P.R. § 163, 15; Walter, P.R. § 151, 14; Gengler, P.R. § 75; Beseler, P.R. § 191, 11; Unger, Ö. P.R. § 63, 30; Förster, P. P.R. § 183, 47; Kreittmayr, Anm. 4 c zu L.R. II. 10. 24 und Anm. c zu L.R. II. 11. 13.

[6] Dunker, R.L. § 23, 167; Renaud, R.L. 100; Heimbach, R.L. 91; Maurenbrecher, P.R. § 322, 4; Kreittmayr, Anm. 4 c zu L.R. II. 10. 24 und Anm. c zu L.R. II. 11. 13; Erk. 3/8 52 Bl. XVIII. 240.

[7] Gerber, P.R. § 171, 4 und Friedlieb, R.L. 322 f. S. über diese Auffassung Windscheid, Actio S. 18, 15.

Titel 2.

Die einzelnen Reallasten.

§ 174.

I. Grundabgaben [1].

Die Grundabgaben kamen früher theils als Gegenleistungen [2] theils als Reallasten vor; jetzt sind sie durch Aufhebung des Grundverbandes auf die letztere Form beschränkt. Man legte früher Gewicht auf die Unterscheidung des reservirten und aufgelegten Zinses [3]; jetzt sind die Abgaben nach ihrer Entstehung zu unterscheiden:

I. Grundlasten. Hieher sind zu rechnen:

1. Die fixen Abgaben an Geld und Naturalien, welche als Reallasten auferlegt sind. Sie unterscheiden sich dadurch, daß der Berechtigte den Zins holen muß [4], und daß der Verpflichtete keinen Anspruch auf Nachlaß hat [5].

2. Die durch die Aufhebung des grundherrlichen Verbandes in Reallasten verwandelten Gegenleistungen und zwar:

a. Die fixen Abgaben in Geld oder Naturalien. Diese bestehen bis zur Ablösung unverändert fort, und es ist nur insoferne eine Um-

---

[1] Vgl. Seuffert, Baurecht 74; Dunker, R.L. § 17 und 43; Friedlieb, R.L. § 71; Eichhorn, P.R. § 252 f.; Mittermair, P.R. § 175 f.; Maurenbrecher, P.R. § 338 f.; Walter, P.R. § 534 f.; Hillebrand, P.R. § 168; Gerber, P.R. § 189; Beseler, P.R. § 192; Koch, P.R. § 359 f.

[2] Vgl. oben § 169, 7.

[3] Maurenbrecher, P.R. § 333; Gerber, P.R. § 189, 1; Kreittmayr, Anm. 1 c zu L.R. IV. 7. 33.

[4] Daher die Bezeichnung Gattergilt Mittermair, P.R. § 179, 11; Kreittmayr, Anm. 4 f. zu L.R. IV. 7. 33. „Obschon endlich Canon Emphyteuticus dem Grundherrn in das Haus nachgetragen werden muß, so ist doch ein anderes in censu, und wird auch solcher keiner andern Ursache halber eine Gattergült genannt, als weil er nur bei Haus und Hof abgereicht wird, denn Gatter heißt so viel als Haus- und Hofzaun." Pr. L.R. II. 7. 478 ist diese Unterscheidung nicht anerkannt.

[5] Mittermair, P.R. § 179, 15; Kreittmayr, Anm. 4 c zu L.R. IV. 7. 33. „und weil die Präſtation so gering ist könnte auch propter casus fortuitos ein Nachlaß an dem Zins mit Billigkeit nicht begehrt werden." Seuffert, Baurecht 75. Nach Pr. L.R. II. 7. 488 hat der Verpflichtete ein Recht auf Nachlaß nur insoferne ihm ein solcher an der landesherrlichen Contribution gewährt wird.

gestaltung bei ihnen eingetreten als sie jetzt nicht mehr persönliche Verpflichtungen sondern wirkliche Reallasten sind. Im übrigen ist an dem Inhalt der Abgabe nichts geändert, und dem Verpflichteten bleibt namentlich der Anspruch auf Nachlaß den er bisher hatte [6]. Eben dahin sind die vor Aufhebung des gutsherrlichen Verbandes in fixe Abgaben verwandelten unständigen Abgaben zu rechnen [7].

b. Die bei Fixirung der Besitzveränderungsabgaben auf dem bisher handlohnpflichtigen Grundstück verbleibenden Bodenzinse [8].

3. Die auf Fixirung des Zehnts beruhenden Abgaben (Zehntfixum), die bei Getreidezehnten in Getreideabgaben bei den übrigen Zehnten in Geld bestimmt sind [9]. Die fixirte Zehntabgabe nimmt die Natur eines Bodenzinses an, und ist, wenn nicht vertragsmäßig oder herkömlich anders bestimmt ist, am 15. Dezember jeden Jahres zu entrichten [10].

4. Die in Folge des Lehenedikts 7/6 1808 des revidirten Lehenedikts 15/8 1828 und des Lehenablösungsgesetzes 4/6 1848 constituirten Bodenzinse [11].

Dem Verpflichteten [12] steht das Recht der einseitigen Ablösung bei allen fixen Grundgefällen zu [13], wobei Naturalabgaben behufs der Ablösung nach den gesetzlich bestimmten Sätzen in Geld

[6] Vgl. darüber Eichhorn, P.R. § 253 d., Mittermair, P.R. § 180, 16, Bayr. L.R. IV. 7. 9. Nr. 9, vgl. mit Krüll, Handbuch § 475—485, Pr. L.R. II. 7. 478. Den Fortbestand des Anspruchs auf Nachlaß erkennt Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 28 ausdrücklich an.

[7] Dahin gehören die vor dem 4. Juni 1848 in eine Geldabgabe (Dienst- oder Scharwerkgelder) verwandelten Frohnen Ablösungsgesetz Art. 2 und Art. 8, 2, Erk. 8/6 49 Bl. XV. 173.

[8] Nach Grundentlastungsgsgesetz Art. 15 wird die Fixirung in der Art vollzogen, daß bei der nächsten Besitzveränderung ein Handlohnsbetrag baar bezahlt wird; der Rest des Aequivalents kann als ein zu vier Prozent verzinsliches Bodenzinscapital liegen bleiben. Ueber die Fixirung der Besitzänderungsabgaben vgl. Pözl, Commentar zum Ablösungsgesetz 208 f. und Vf.R. § 67, 6.

[9] Grundentlastungsgesetz Art. 9—14. Ueber die Zehntfixation vgl. Pözl, Vf.R. § 67, 5.

[10] Grundentlastungsgesetz Art. 14.

[11] Vgl. unten § 200, 3 und § 216, 20 und 35. Pözl, Comment. zum Grundlastenablösungsgesetz S. 340 und 351.

[12] Der Berechtigte hatte nur die Befugniß der Abtretung an den Staat Ablösungsgesetz Art. 7, für deren Ausübung durch Finanzgesetz 1/7 56 § 5 Nr. 5 ein Präclusivtermin bis zum 30. September 1861 bestimmt war Pözl, Vf.R. § 70, 4.

[13] Ablösungsgesetz Art. 21.

anzuschlagen sind [14]. Die Ablösung erfolgt, wenn ein bestimmtes Kapital rechtsgültig festgesetzt ist, durch Baarerlage desselben [15], außerdem entweder baar durch Erlegung des Achtzehnfachen ihres jährlichen Betrags [16], oder durch Constituirung eines zu 4% verzinslichen von Seite des Berechtigten nicht aufkündbaren Bodenzinscapitals im achtzehnfachen Betrag der fixen Rente, also durch Verwandlung in Bodenzins, wobei der Verpflichtete, wenn der Berechtigte der Staat ist, das Bodenzinscapital durch Annuitäten abtragen kann [17], während er anderen Berechtigten gegenüber auf baare Heimzahlung des Capitals angewiesen ist [18].

II. Gesetzlich bestimmte Bodenzinsen. Neuere Gesetze bestimmen die Constituirung von Bodenzinsen in folgenden Fällen:

1. Die Kosten, welche zur Herstellung und Unterhaltung der nach dem Gesetz 28/5 1852 durchgeführten Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen erforderlich sind, werden unter die bei der Genossenschaft betheiligten Grundeigenthümer repartirt, und die Beitragspflicht wird als Reallast auf den einschlägigen Immobilien bestellt. Diese Beitragspflicht ist einseitig nicht ablösbar, und erlischt nur mit dem vorschriftsmäßigen Ausscheiden des Grundstücks aus der Genossenschaft oder mit der Auflösung der letzteren [19].

2. Wird bei Ablösung des Weiderechts nach den Bestimmungen des Weidegesetzes 28/5 1852 die Entschädigung durch Constituirung einer Jahresabgabe geleistet, so wird diese als Reallast auf den einzelnen betheiligten Grundstücken bestellt. Sie ist, wenn nichts anderes ausgemacht ist, am 15. Dezember jeden Jahres fällig, und kann von Seite des Verpflichteten durch Baarzahlung des zwanzigfachen Betrags abgelöst oder in ein vierprozentiges Bodenzinskapital verwandelt werden [20].

---

[14] Ablösungsgesetz Art. 24. Pözl, Vf.R. § 68, 6.

[15] Ablösungsgesetz Art. 22. Dahin gehören die oben Note 11 angeführten Bodenzinse, welche durch Erlegung des fünfundzwanzigfachen Betrags ablösbar sind.

[16] Ablösungsgesetz Art. 23. Pözl, Vf.R. § 69, 4.

[17] Ablösungsgesetz Art. 30. Pözl, Vf.R. § 69, 6.

[18] Ablösungsgesetz Art. 29. Pözl, Vf.R. § 69, 9. Tilgung durch Annuitäten findet hier nur durch Vermittlung der Ablösungscasse statt. Ablösungsgesetz Art. 37; Pözl, Vf.R. § 69, 12.

[19] Bewässerungsgesetz 28/5 52 Art. 13 und 14; Pözl, Verw.R. § 158, 4.

[20] Weidegesetz 28/5 52 Art. 12 f. und 41 f. Pözl, Verw.R. § 161. Vgl. oben § 163, 71 f.

3. Die nach dem Forstgesetz 29/5 52 auf Grund freiwilliger Vereinbarung oder in den gesetzlich bestimmten Fällen an die Stelle der Naturalforstberechtigungen als Reallast constituirten Geldleistungen können von Seite des Verpflichteten durch Erlegung des zwanzigfachen Betrags abgelöst werden [21].

4. Nach Gesetz 28/5 52 kann die dem Zehntberechtigten obliegende kirchliche Baupflicht bei Ablösung des Zehnts von diesem nach seiner Wahl in einen als Reallast zu constituirenden ständigen jährlichen Baucanon umgewandelt werden, dessen Betrag dem vierprozentigen Zins aus dem Capitalwerth der Zehntbaupflicht entspricht [23], und der von Seite des Baupflichtigen nach vorgängiger halbjähriger Aufkündigung durch Erlag des Capitalwerthes der Baupflicht abgelöst werden kann [24].

5. Bei Vertheilung von Bestandtheilen des Grundstockvermögens der Ortsgemeinden, soweit diese überhaupt zuläßig ist, wird nach gesetzlicher Bestimmung den einzelnen Theilen ein Grundzins aufgelegt, über dessen Größe die Betheiligten Beschluß zu fassen haben, und der von Seite des Verpflichteten jederzeit durch Erlegung des fünfundzwanzigfachen Betrags ablösbar ist [25].

III. Der Constituirung neuer Bodenzinsen durch Disposition steht nach unserem Recht nichts entgegen [26]; doch sind dieselben durch Baarerlag des für sie bestimmten Capitals von Seite des Pflichtigen ablösbar [27], und es ist deßhalb bei ihrer Constituirung die Festsetzung des für die Ablösung maaßgebenden Capitals erforderlich [28].

§ 175.

II. Forstrechte.

Das Beholzigungsrecht (jus lignandi) kann auch als Reallast constituirt sein. Von manchen wird dieß als die Regel angesehen, indem alle Fälle des Beholzigungsrechts hieher gerechnet werden, in

---

[21] Forstgesetz 28/5 52 Art. 29 und 30, Pözl, Verw.R. § 167; vgl. oben § 166, 25 f.

[22] Ges. die kirchliche Baupflicht betr. 28/5 5 Art. 1 und 9; vgl. unten § 180.

[23] Ges. 28/5 52 Art. 9.

[24] Gesetz 28/5 52 Art. 10.

[25] Gem.O. 1869 Art. 27, Pözl, Vf.R. § 108 Nr. 4; vgl. oben § 39. IV.

[26] S. Pözl, Commentar zum Ablösungsgesetz S. 213.

[27] Ablösungsgesetz Art. 22.

[28] Pözl, Commentar zum Ablösungsgesetz S. 213.

welchen der Eigenthümer des dienenden Grundstücks nicht zu bloßem Dulden verpflichtet ist, sondern selbstständig zu handeln hat [1], oder wo der Berechtigte eine Gegenleistung zu machen hat [2]. Es wird in diesen Fällen, welche jetzt die Regel bilden, das Beholzigungsrecht als eine Reallast [3] oder doch als ein von den Servituten zu unterscheidendes und nach Analogie der Reallasten zu beurtheilendes dingliches Recht [4] erklärt. Allein überwiegend wird auch in diesen Fällen das Recht als Servitut aufgefaßt [5], und es entspricht dieß auch den Bestimmungen des Bayrischen [6] und Preußischen Landrechts [7]. Für das Rechtsgebiet des gemeinen Rechts ist jedoch die Praxis in Bayern schwankend. Während einerseits der Auffassung des Bayrischen Landrechts entsprechend dem Beholzigungsrecht der Charakter als Servitut beigelegt wird, ohne Rücksicht darauf daß der Verpflichtete bestimmte Leistungen zu machen [8] und bestimmte Gegenleistungen zu empfangen hat [9], wird

[1] In der Regel hat der Verpflichtete jetzt das von dem Berechtigten zu beziehende Holz zu fällen und dem letzteren anzuweisen, vgl. oben § 166, 35.

[2] Die Gegenleistungen des Berechtigten bestehen gewöhnlich in einem Recognitionsgeld für die Anweisung, sie können aber auch in einer Geldabgabe bestehen, welche die Abgabe zu einem geringeren als dem laufenden Preis vorstellt; vgl. oben § 166, 35.

[3] Mittermair, P.R. § 171, 2, Hillebrand P.R. § 74, 3.

[4] S. Erk. Wolfenbüttel 5/7 59 Sf. XIV. 117.

[5] Pfeiffer, Prakt. Ausf. VIII. 177 f.; Runde, P.R. § 145; Eichhorn, P.R. § 283 b; Gerber, P.R. § 148, 1; Beseler, P.R. § 195, 20; Erk, Wolfenbüttel 17/12 59 Sf. XIV. 117.

[6] Bayr. L.R. II. 8. 15 und Kreittmayr, Anm. 1 c oben § 166, 35. In dem Gebiet des Bayrischen Landrechts wird das Recht Holz um ein Anweisgeld aus einem fremden Wald zu beziehen nach constanter Praxis als Dienstbarkeit aufgefaßt A.E. 4/10 53 Arends V. 364; Erk. 13/3 66 und 28/3 66 Bl. XXXI. 269 und 368.

[7] Das Pr. L.R. I. 22. 197 führt die Holzungsgerechtigkeit nur als Grundgerechtigkeit auf Koch, P.R. § 348, Förster, P. P.R. § 187, 159 f. Als Reallast wird sie in der neueren Preußischen Gesetzgebung nur in der unten Note 14 aufgestellten Bedeutung erwähnt. Förster, P. P.R. § 188, 71.

[8] A.E. 24/10 54 Bl. XXI. 230 ist in dem Rechtsstreit über die Forstrechte an dem Nürnberger Reichswald ausgesprochen: der Umstand, daß die Fällung des Holzes durch die Verpflichteten geschehe entscheide nicht gegen die Servituteigenschaft, da diese Fällung nur aus forstpolizeilichen Rücksichten für den Berechtigten und auf dessen Kosten durch die betreffende Forstbehörde, welcher aus gleichen Gründen auch die Ausstellung der Anweisung obliege, besorgt und veranlaßt werde.

[9] Erk. 13/6 46 Bl. XIII. 286 ist ausgesprochen, daß es schon eine Berech-

andererseits das Beholzigungsrecht wie es sich bei uns findet ganz allgemein als Reallast [10] oder als ein eigenthümliches von den römischrechtlichen Servituten zu unterscheidendes dingliches Recht [11] erklärt. Die Auffassung als Servitut scheint mir aber auch gemeinrechtlich allein begründet zu sein [12], und ist auch unserer Gesetzgebung zu Grund gelegt [13]. Das Beholzigungsrecht kann gleichwohl auch als Reallast

---

tigung bilden könne, eine gewisse Quantität Holz um den laufenden Preis aus einer bestimmten Waldung zu erhalten umsomehr also um die Forsttaxe; ebenso Erk. 13/3 66 Bl. XXXI. 269.

[10] Erk. München 4/6 50 Sf. V. 6 erklärt die Holzrechte, bei welchen der Eigenthümer der dienenden Sache etwas zu leisten habe, allgemein für Reallasten.

[11] Erk. 17/3 Bl. XXVII. 379 erklärt Holzrechte, bei welchen der Besitzer des dienenden Waldes zur Ausübung des Rechts selbstthätig mitwirken muß, zwar nicht direkt als Reallasten, aber als von den römischen Prädialservituten zu unterscheidende dingliche Rechte. Die gleiche Auffassung findet sich Erk. Wolfenbüttel 5/7 59 Sf. XIV. 117. II, und Gönner, Comment. I. 394 Note, der sich dahin äußert: „Man muß aber die Reallasten von Realservituten nach H.G. § 22. Nr. 5 wohl unterscheiden, und sich vor den s. g. servitutibus juris germanici in faciendo consistentibus z. B. Holzgerechtigkeiten sorgfältig in Acht nehmen." Daraus hat sich in der Praxis die Meinung gebildet, daß solche Realservituten, welche den Ertrag eines Grundstücks wesentlich mindern wie Weide- Streu- und Holzrechte, als Reallasten zu behandeln seien s. Nibler H.R. § 26, 1 und Jungermann, Handbuch 189; s. auch den Rechtsfall Sammlung I. 299 wonach ein Forstrecht bestehend in dem Recht unentgeltlich Stock- und Dürrholz zu sammeln sowie Rechstreu nach Bedarf zu beziehen, als ein selbstständiges Hypothekenobjekt behandelt wurde. Allein diese Auffassung, nach welcher alle Weide- und Forstrechte zu Zwecken des Hypothekenbuchs als Reallasten zu behandeln sein würden, ist ganz unhaltbar, da sie auf der unzuläßigen Annahme der deutschrechtlichen Servitutes in faciendo beruht vgl. oben § 152, 12, und nur den Zweck hat, die an sich verfehlte Ausschließung der Grunddienstbarkeiten von der Eintragung in das Hypothekenbuch aufrecht zu erhalten, vgl. oben § 162, 41. Jede Grunddienstbarkeit vermindert den Werth des belasteten Objekts, und beeinträchtigt dadurch die Sicherheit der Gläubiger; ob dieß bei den einen mehr bei den andern weniger der Fall sei kommt nicht in Betracht. Es wäre aber ganz verfehlt, wenn man die ersteren um ihre Eintragung möglich zu machen ihres juristischen Charakters entkleiden und unter die Reallasten stellen wollte.

[12] Es spricht dafür außer den oben § 166, 35 aufgeführten Gründen schon der Umstand, daß das Recht auf Bau- und Brennholz in der Regel mit dem Recht auf Raff- und Leseholz und Streurechen, deren Eigenschaft als Dienstbarkeit nicht bezweifelt werden kann, vereinigt constituirt ist; vgl. z. B. den Rechtsfall Bl. XIV. 351.

[13] Das Forstgesetz faßt in Art. 23—34 das Beholzigungsrecht, das es unter

constituirt sein [14], unterscheidet sich jedoch dann von der Dienstbarkeit darin, daß es als jährliche Leistung auf ein Immobile ohne Rücksicht auf den Bestand desselben als Wald gelegt ist. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet finden die Bestimmungen des Forstgesetzes 28/3 1852 auf das Beholzigungsrecht als Reallast keine Anwendung [15]. Dagegen sind die Bestimmungen des Grundlastenablösungsgesetzes über die Ablösung von Naturalabgaben nach vorgängiger Veranschlagung in Geld darauf anwendbar [16].

III. Ewiggeld.

§ 176.

Allgemeines.

Der Rentenkauf [1] war ein im Mittelalter über ganz Deutschland [2] verbreitetes Institut, das durch die Gesetzgebung sowohl des

---

den Forstberechtigungen aufführt, als Dienstbarkeit auf, da es Art. 23 eine Ausübung von Seite des Berechtigten voraussetzt, auf welche die forstpolizeilichen Bestimmungen Anwendung finden können.

[14] Derartige Fälle s. Erk. 14/3 46 Arnold Erörterungen 575; Erk. 11/12 48 Bl. XVII. 239; 17/3 62 Bl. XXVII. 378; 3/3 68 Bl. XXXIII. 294; 29/12 71 Sammlung I. 299; Erk. Rostock 4/7 62 Buchka und Budde Entsch. IV. 167; Erk. Wiesbaden 26/3 52 Sf. VII. 42.

[15] A. M. Brater, Commentar zum Forstgesetz 438. Allein auf die Reallast des Beholzigungsrechts diese Bestimmungen anzuwenden ist gar keine Veranlassung, da diese den Bestand eines Waldes gar nicht voraussetzt, während das Forstgesetz die Forstberechtigungen nur insoferne beschränkt als dadurch der pflichtige Wald in seinem Bestand gefährdet werden kann.

[16] Vgl. oben § 174, 14.

[1] Vgl. Schröter J. Ch., die jährlichen Gilten in Vermischte Abhandlungen 1785 I. 351 f.; Mittermair, P.R. § 283; Maurenbrecher, P.R. § 328; Walter, P.R. § 268; Gengler, P.R. § 78; Hillebrand, P.R. § 169; Gerber, P.R. § 188; Baumeister, Hamburgisches Privatrecht § 23; Reyscher, Württ. P.R. § 266—268. Ueber die geschichtliche Entwicklung vgl. Eichhorn, D. R.G. § 361 und 450; Albrecht, Gewere § 18; Dunker, R.L. § 16; Stobbe zur Geschichte und Theorie des Rentenkaufs Z. f. D. R. XIX. 178 f.; Arnold, Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten Basel 1861; Pauli, die Wieboldsrenten Lübeck 1865; Neumann, de foenore redituum annuorum emtionis Halle 1864. Ueber die ältere Auffassung des Rentenkaufs als ein Miteigenthum begründend s. Riedl 148; Auer Einleitung 149.

[2] R.P.O. 1577 Tit. 17. § 9: und nachdem die Wiederkaufsgülten allenthalben in Landen gemein sein...

Reichs als der Landesrechte weiter ausgebildet war, und daher die Bedeutung eines gemeinrechtlichen Instituts hatte. Dieses im Mittelalter sehr verbreitete Geschäft, welches die Stelle unserer hypothekarischen Darlehen einnahm, ist nicht, wie man früher meinte, aus dem Bestreben der Umgehung der Zinsverbote des canonischen Rechts hervorgegangen [3], sondern aus der Häuserleihe, einem dem gutsherrlichen ähnlichen Verhältniß, das sich im Mittelalter in allen größeren Städten findet [4].

Die gekaufte Rente konnte früher sowohl in Naturalien [5] als in Geld bestehen. Ursprünglich war das Geschäft einseitig nicht auflöslich [6], erst die spätere Gesetzgebung gewährte dem Rentenschuldner nicht aber dem Gläubiger ein einseitiges Aufkündigungsrecht [7]. Die Rück-

---

[3] S. gegen diese Auffassung Dunker, R.L. S. 69 und Stobbe, Rentenkauf 181.

[4] S. die Ausführung bei Arnold, Geschichte des Eigenthums namentlich S. 88 f. und 134 f. Neumann, de foenore 8 f. Damit stimmen die Untersuchungen über die Ausbildung im lübischen Recht in Pauli, Wieboldsrenten 15 f. überein. Für München liegen nähere historische Untersuchungen noch nicht vor; der Umstand, daß in München auch grundzinsiges Eigenthum mit Ewiggeldern belastet wird unten § 177, 7 läßt jedoch auf einen gleichen Entwicklungsgang schließen. Schon Albrecht, Gewere 158 hatte den Rentenkauf mit dem Erbzinsrecht zusammengestellt, später jedoch diese Auffassung wieder aufgegeben; s. seinen Aufsatz in Richter, Jahrb. 1839, 313.

[5] Die Renten waren wie die Zinse häufig in Naturalien bestimmt, s. Arnold, Eigenthum 61 und 102. Dieß findet sich auch in München Auer, Einleitung 135, nicht aber in Lübeck Pauli, Wieboldsrenten S. 40. In Hamburg sind Naturalrenten immer reservirte Renten Baumeister, P.R. § 23, 8.

[6] Es gilt dieß jedenfalls für den aus der Häuserleihe herrührenden Zins Arnold, Eigenthum 296, Pauli, Wieboldrenten 17; für die Rente mußte die Ablösbarkeit besonders stipulirt sein (Wiederlosung) Auer, Einleitung 145; Pauli Wieboldrenten 17.

[7] Schon frühzeitig wurde dem Schuldner durch die Gesetzgebung in den einzelnen Rechtsgebieten die Befugniß einseitiger Ablösung für Zinse sowohl als Renten eingeräumt z. B. in Lübeck wahrscheinlich 1251, Pauli, Wieboldsrenten 17, in München von 1391 an, Auer, Einleitung 145, in Basel seit 1441 Arnold, Eigenthum 302; andere Statuten s. Neumann, de foenore 16 f. Später wurde dieß durch allgemeine Reichsgesetze R.P.O. 1577 Tit. 17. § 9 und Tit. 19. § 2 dahin geregelt, daß alle jährlichen Gilten ohne Rücksicht auf die Stipulationen in dem einzelnen Fall für den Schuldner einseitig ablösbar sein sollten. Einige Statuten räumten dem Rentenschuldner ein Retraktrecht bei Verkauf der Rente von Seite des Gläubigers ein Albrecht, Gewere 163, 378, Dunker, R.L. 67, Pauli, Wieboldsrenten 77, was sich aber in München nicht findet Auer, Einleitung 136, 2.

kaufssumme konnte ursprünglich willkürlich bestimmt werden [8], später wurde ein gewisser Maaßstab gesetzlich festgesetzt [9]. Die Errichtung erfolgte theils durch Reservation [10], theils durch Auflegung [11], und setzte Einwilligung des nächsten Erben des Schuldners voraus [12]. Der Rentengläubiger hatte ein später beseitigtes Vorkaufsrecht an dem belasteten Gegenstand [13] und daher Anspruch darauf, daß bei Veräußerungen seine Einwilligung eingeholt werde [14]. Ebenso stand ihm die Befugniß zu gegen Deterioriationen von Seite des Schuldners einzuschreiten [15]. Der Anspruch auf Zahlung der Rente ging nur gegen das Immobile [16]; persönliche Haftung des Rentenschuldners mußte besonders stipulirt sein [17]. Gegen den säumigen Rentenschuldner waren verschiedene Rechtsmittel gegeben, theils Einwältigung des Objekts [18] theils Zinsbuße [19] Pfändung [20] und Vergantung [21].

Der Rentenkauf als gemeinrechtliches Institut war auch in den jetzt zu Bayern gehörigen Rechtsgebieten verbreitet [21a], hat sich aber

---

[8] S. Arnold, Eigenthum 225 f.; Pauli, Wieboldrenten 78.

[9] R.P.O. 1577 Tit. 17 § 9; Auer, Einleitung 145.

[10] Pauli, Wiboldrenten 35; Auer, Einleitung 134, 2.

[11] Ueber die Frage ob gerichtliche Auflassung erforderlich gewesen sei vgl. Albrecht Gewere 158, 364; Stobbe, Rentenkauf 186; Pauli, Wieboldrenten 37; Riedl 53; Auer, Einleitung 130, 5. Nach Münchner Recht war sie eine Zeitlang nicht mehr erforderlich Auer, Einleitung 143, und wurde dann neuerdings wieder eingeführt vgl. unten Note 25.

[12] Münchner Stadtrecht Art. 401; Stobbe, Rentenkauf 195; Auer, Einleitung 131.

[13] Albrecht, Gewere 162, 376; Pauli, Wiboldsrenten 71, 179; Arnold, Eigenthum 154; Auer, Einleitung 136, 3.

[14] Pauli, Wieboldrenten 71, 178; Arnold, Eigenthum 153.

[15] Arnold, Eigenthum 152; Riedl S. 32; Auer Einleitung 169, 4.

[16] Pauli, Wieboldsrenten 59; Auer, Einleitung 131.

[17] Pauli, Wieboldsrenten 63; Auer Einleitung 135, 5.

[18] Albrecht, Gewere 159, 370; Dunker, R.L. 72; Göschen, Goslarische Statuten 233, 7; Pauli, Wieboldrenten 81 f.; Auer, Einleitung, 132, 3. Dieß ist noch in Hamburg St.R. I. 16. 5 als gesetzliche Bestimmung erhalten.

[19] Auer, Einleitung 132, 4; Pauli, Wieboldrenten 58.

[20] Albrecht, Gewere 159, 370; Auer, Einleitung 133.

[21] Auer, Einleitung 134, 1. Letzteres ist die Grundlage des jetzigen Verfahrens in München.

[21a] Erwähnt wird er außer München in Nürnberg Rathserlaß 8/12 1532 Sammlung 757, Weissenburg Stat. 1739 IV. Arnold II. 720, dann in den bei Riedl § 77 S. 151 citirten Stellen.

als geltendes Rechtsinstitut nur in München erhalten. In München kommen Vergabungen zu Seelgeräth schon zu Ende des 13. Jahrhunderts vor [22]; der Rentenkauf im gewöhnlichen Verkehr findet sich aber erst seit Anfang des 14. Jahrhunderts [23]. Das Stadtrecht enthält nur vereinzelte Bestimmungen [24], und erst zu Ende des 15. Jahrhunderts wurde das Rechtsverhältniß durch die Gesetzgebung näher bestimmt. Zuerst wurde 1478 die öffentliche Errichtung für alle Ewiggeldbriefe gesetzlich vorgeschrieben [25] und damit die Anlegung von Grundbüchern in Verbindung gebracht, welche bis zum Jahre 1484 vollendet waren [26].

Das erste Grundbuch enthielt die Verzeichnung nur der innerhalb der Ringmauern gelegenen Immobilien, und hatte die auch später beibehaltene Eintheilung der Stadt in Viertel (Anger- Haggen- Kreuz- und Graggenauerviertel) zur Grundlage [27]. Wahrscheinlich wurde gleichzeitig eine Instruktion oder Ordnung erlassen, von der wir jedoch keine weitere Kenntniß haben [28]. Erst zu Ende des 16. Jahrhunderts wurde das Grundbuchswesen einer eingehenden Revision unterworfen. Zunächst wurde durch die Gantordnung 19/5 1571 [29] die Execution geregelt, und sodann zwei Grundbuchsordnungen für Häuser und Grundstücke in der Stadt von 1572 [30] und für Häuser und Grundstücke welche außer den Mauern jedoch im Burgfrieden liegen von 1573 [31] erlassen, und in Folge davon das jetzt bestehende Grundbuch ange-

---

[22] Riedl 10; es ist hier also die gleiche Entwicklung wie die welche Arnold, Eigenthum 95 für andere süddeutsche Städte nachgewiesen hat.

[23] Riedl S. 11. Die erste Veranlassung scheint wie in anderen Städten der große Brand von 1327 gegeben zu haben Bergmann, Geschichte der Stadt München S. 47.

[24] Es sind namentlich Art. 223 Von ... Gült ... verkaufen; 398 Umb Versteuern Ewiggeld; 401 Um Todgeschäft.

[25] Riedl 53; Auer, Einleitung 144. Wie andere auf Immobilien bezügliche Geschäfte wurde der Rentenkauf schon im 14. Jahrhundert in das Gerichtsbuch eingetragen, doch scheint dieß im Lauf der Zeit außer Uebung gekommen zu sein unten § 177, 17. Das gleiche findet sich in Prag Stobbe, Rentenkauf 187.

[26] Riedl S. 54; Auer, Einleitung 152, 5.

[27] Riedl 54, Auer, Einleitung 152. Diese ältesten Grundbücher sind nicht erhalten.

[28] Riedl S. 54.

[29] Abgedruckt bei Riedl, U.S. 38—63 und Auer Stadtrecht S. 223—242.

[30] Abgedruckt bei Riedl, U.S. 64—79 und Auer, Stadtrecht 243—254.

[31] Abgedruckt bei Riedl, U.S. 79—89 und Auer, Stadtrecht 255—262.

legt [32]. Diese Grundbuchordnungen wurden auf einen vom Magistrat erstatteten Bericht vom 13. Mai 1608 [33] einer wiederholten Revision unterzogen, welche erneuerte Grundbuchordnung vom 12. Mai 1628 [34] die Grundlage des noch jetzt geltenden Rechts bildet [35]. Eine Erweiterung hat das Ewiggeldinstitut dadurch erhalten, daß durch Gesetz 22/2 1855 das Münchner Stadtrecht und damit auch das Ewiggeldrecht auf den ganzen Umfang der Burgfriedensgrenze ausgedehnt worden ist [36].

§ 177.

I. Entstehung und Beendigung.

Für das Ewiggeldinstitut der Stadt München gelten folgende Grundsätze:

I. Objekt. Das Ewiggeld kann nur an unbeweglichen Sachen [1] also Häusern und Grundstücken errichtet werden, welche sich innerhalb des Burgfriedens der Stadt München befinden. Ursprünglich war dieß beschränkt auf den Umkreis des älteren Burgfriedens [2]; durch Gesetz 22/2 1855 ist das Münchner Stadtrecht und damit auch die Geltung des Ewiggeldinstituts auf dem ganzen Umfang des Burgfriedens ausgedehnt [3].

II. Subjekte. 1. Errichten kann ein Ewiggeld nur der Eigen-

---

[32] Dieses Grundbuch besteht aus 16 Bänden für die innere 8 für die äußere Stadt und 2 für grundzinsige Realitäten Riedl 93, Auer, Einleitung 152, 2.

[33] Abgedruckt bei Riedl, U.S. 89—126.

[34] Abgedruckt bei Riedl, U.S. 126—135 und Auer, Stadtrecht 263—269.

[35] Ueber das Ewiggeldrecht der Stadt München vgl. Riedl, das Ewiggeldinstitut in München München 1819; Arnold, Einklagung der Hypothekkapitalzinsen in Bayern und der Ewiggeldrenten in München Erlangen 1855 § 73—168 und Auer, das Stadtrecht von München Einleitung CXXIX—CCXL. Die letztere Darstellung wird hier mit arabischen Ziffern und zur Unterscheidung vom Stadtrecht als „Auer, Einleitung" citirt.

[36] Vgl.. unten § 177, 3.

[1] Ausgeschlossen ist die Errichtung von Ewiggeldern auf dinglichen Rechten auch solchen welche die Eigenschaft von Hypothekenobjekten haben Auer, Einleitung 153, 4.

[2] Auer, Einleitung 153, 3.

[3] Gesetz 22/2 55 Art. 1: Die Statutar- und Gewohnheitsrechte der Stadt München kommen in dem ganzen Umfang der Burgfriedensgrenze soweit sich dieselbe dermalen erstreckt oder künftig erstrecken wird zur Anwendung.

thümer der Sache welche belastet werden soll [4]. Miteigenthümer können die Errichtung nur gemeinsam vornehmen [5]. Voraussetzung ist, daß der Eigenthümer über das Objekt verfügen könne und dispositionsfähig sei. Die Grundbarkeit des Objekts steht der Ewiggelderrichtung nicht entgegen, nur setzt sie Einwilligung des Grundherrn voraus [6]. Der Umstand, daß das Objekt mit anderen Reallasten belegt ist, steht der Errichtung nicht entgegen, doch darf die Errichtung den bereits aufgelegten Reallasten nicht präjudiciren [7]. Ist das Objekt mit Hypotheken belastet, so setzt die gültige Errichtung Einwilligung der Hypothekgläubiger voraus [8]. Die Dispositionsbefugniß des Eigenthümers kann durch einen in das Grundbuch eingetragenen Arrest (Grundbuchsclausel) beschränkt sein [9]. Ursprünglich setzte ein solcher Arrest bestimmt bezeichnete gesetzliche Gründe oder Bewilligung des Stadtraths voraus [10]; jetzt ist auch vertragsmäßige Beschränkung des

---

[4] Riedl § 80. S. 156.

[5] Auer, Einleitung 155, 1. A. M. Riedl § 79. S. 155 der jedoch die Zuläßigkeit der Giltbestellung auf einem intellektuellen Antheil nur aus dem Bayr. L.R. IV. 13. 3 ableiten will. Dagegen spricht jedoch schon die Untheilbarkeit der Reallast oben § 171, 1 und der Umstand, daß die Ewiggeldgant immer das ganze Objekt umfaßt unten § 179. In Lübeck war früher die Bestellung an einem Quotentheil eines Objekts gestattet Pauli, Wieboldsrenten 44, und gleiches findet sich in dem älteren Münchner Recht Auer, Einleitung 132, 2.

[6] Auer, Einleitung 154, 3. Der gutsherrliche Verband ist jetzt zwar aufgehoben, allein der Grundverband kann noch bei dem Platzrecht vorkommen.

[7] Bodenzinsiges Eigenthum wurde jedenfalls nach der späteren Uebung zur Ewiggeldbestellung zugelassen Riedl § 80. S. 156, Auer Einleitung 154, 2, und es sind daher für dieses besondere Grundbücher angelegt Riedl § 75 S. 93, Auer, Einleitung 152, 2. Daß das Objekt mit Ewiggeldern bereits belastet ist steht der Errichtung weiterer Ewiggelder nicht entgegen Auer, Einleitung 158, 4.

[8] Auer, Einleitung 158, 3. Die gültige Errichtung der Ewiggelder ist nicht von der Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt; da jedoch den eingetragenen Hypotheken im allgemeinen der Vorrang vor den nicht eingetragenen dinglichen Lasten eingeräumt ist, so ist auch die Geltendmachung des dem Ewiggeld zustehenden Separationsrechtes gegenüber eingetragenen Hypotheken von dem Vortrag des Ewiggeldes in der I. Rubrik bedingt.

[9] Riedl § 128 S. 209. Auer, Einleitung 158, 2.

[10] G.B.O. 1628 Art. 13. „Es sollen auch kaine Arrest ins grundbuch eingeschriben werden, obgleich derjenige, deme das grundstück gehört, darein gewilliget hete, außgenommen in diesen Fällen, als nemblich: 1. Wann den Kindern ir väter- oder müeterlich gueth oder ainer frauen ir heurathgueth oder morgengabe versichert wurd. 2. Item da ainer zu erbesserung erpauung oder erkauffung aines grundstücks sein gelt herleihen thete, desgleichen auch, da noch

Eigenthümers als ein genügender Grund der Eintragung eines Arrestes anzusehen [11].

2. Erwerben kann ein Ewiggeld jeder Erwerbsfähige. Die früher gegen Fremde [12] und Juden [13] bestehenden Ausnahmebestimmungen sind beseitigt.

III. Errichtung. Diese setzt voraus:

1. Einen giltigen Titel. Die Errichtung des Ewiggelds erfolgt durch Disposition des Eigenthümers; Ersitzung ist kein Erwerbstitel des Ewiggeldrechts, da die zur Entstehung der Reallast erforderliche Eintragung in das Grundbuch nicht durch Zeitablauf ersetzt werden kann [14]. Die Disposition kann in einer letztwilligen Verfügung [15] oder einem Vertrag [16] bestehen, welcher letztere jetzt dem notariellen Verbriefungszwang unterworfen ist [17].

---

ain rest am kaufschilling ausstendig were; in solchen und sonsten kainem andern Fall künden und mügen die Arrest in die grundbücher eingeschrieben werden, es were dann sach, das solches von ainem ersamen Rathe insonderheit verwilliget wurde."

[11] Riedl § 128 S. 137; Auer, Einleitung 158, 2. Es wird hier die Bestimmung des Hyp.G. § 44 über das Hypothecirungsverbot analog anwendbar sein vgl. unten § 188, 66.

[12] St.R. Art. 223 verbietet die Veräußerung von Immobilien und Gilten an Klöster und Nichtbürger. Diese Beschränkung ist schon in der Gantordnung von 1571 beseitigt Auer, Einleitung 147, 4.

[13] Ges. 29/6 51 Art. 1. Arnold, Einklagung § 77, 5.

[14] Es tritt hier das gleiche Verhältniß ein wie bei der Ersitzung des Grundeigenthums, bei welchem der Formmangel nicht durch Zeitablauf ersetzt werden kann oben § 146, 30. A. M. Auer, Einleitung 165, der zwar zugiebt, daß ein nicht eingetragenes Ewiggeldrecht nicht ersessen werden könne, allein eine Ersitzung eingetragener Ewiggelder für zuläßig hält. Es ist dieß jedoch eine Verwechslung mit der Klagenverjährung, da hier nicht der Erwerbstitel durch Zeitablauf ersetzt sondern die dem Eigenthümer zustehende Befugniß der Anfechtung durch Zeitablauf ausgeschlossen wird. Riedl § 43 S. 87 hält die in St.R. Art. 33 und 34 bestimmte Ersitzung der rechten Gewere für noch anwendbar s. dagegen Auer, Einleitung 164.

[15] St.R. Art. 401; Auer, Einleitung § 40.

[16] Riedl § 42 S. 36; Auer Einleitung § 39.

[17] Nach früherem Recht mußte der Vertrag gerichtlich errichtet werden G.B.O. 1572 Art. 1 und 1573 Art. 6; G.B.O. 1628 Art. 1 und 2; vgl. Auer, Einleitung 155. Dieß war jedoch erst seit 1478 allgemein vorgeschrieben, während vorher außergerichtliche Errichtung statthaft war Auer, Einleitung 164 und oben § 176, 25. Nach den bei Gelegenheit der Verhandlungen über das Notariatsgesetz abgegebenen Erklärungen kann der Vertrag jetzt nach der Wahl der Inte-

2. Eine giltige Verfügung. Die Disposition muß den bestehenden Gesetzen entsprechen. Die Beschränkungen, welche auch nicht vertragsmäßig beseitigt werden können, beziehen sich theils auf den Umfang der Belastung theils auf die Höhe des Kaufpreises theils auf die gesetzlichen Vorschriften über die Ablösung.

a. Ursprünglich war die Befugniß der Ewiggeldbestellung unbeschränkt [18]; durch Magistratsbeschluß 14/11 1769 wurde jedoch ausgesprochen, daß die Bestellung nicht zwei Drittheile des Werthes des Grundstücks übersteigen dürfe [19], und es ist dieß durch die Praxis noch weiter ausgedehnt, indem jetzt die Bestellung von Ewiggeldern nur insoweit gestattet wird als nicht der Capitalanschlag der Gilten die Hälfte des Werths der Sache nach einer nicht zwei Jahre alten Schätzung übersteigt [20].

b. Die gültige Disposition setzt die Bestimmung eines Capitals voraus, um dessen Betrag der Giltmann die Gilt einseitig ablösen kann [21]. Dieses Capital darf für die Gilt [22] nicht einen höheren als

---

ressenten notariell oder gerichtlich errichtet werden, während die Ausstellung des Ewiggeldbriefs ausschließlich zur Competenz des Ewiggeldgerichts gehört Zink, Comment. zum Not.Ges. 443, 6 und unten Note 32.

[18] Riedl § 63. S. 70.

[19] Auer, Einleitung 159.

[20] Auer, Einleitung 160, Arnold, Einklagung § 77, 2. Nach Riedl § 120 S. 129 war früher die Hälfte des Schätzungswerths nur bei Objekten bestimmend, die nicht über 12,000 fl. Werth hatten, während bei anderen die Belastung bis zu zwei Drittheilen gestattet wurde.

[21] G.B.O. 1572 Art. 10. „Item als auch je bisweilen ain zeit her die ewiggelt wolfailer und nit umb solche summa, als ain gulden gelts umb zwainzig gulden, oder fünff gulden umb ainhundert gulden, völlig, sondern etwo vil geringer verkauft und eingethan worden, welches der uhralten ewigengeltordnung auch den rechtmessigen satzungen zuwider, hat demnach ain ersamer rhat gesetzt und mit ernst bevolchen, das auf beschechens ansprechen der kauffer und verkauffer bey verlierung des ewigen gelts schuldig sein sollen wahrhafftig anzuzaigen, wie der ewiggelt verkaufft worden; solche summa soll alsdann in den ewiggelt- oder willbrief auch in die grundpüecher geschriben und gesetzt werden, und der innhaber des hauß oder grundstucks umb solche summa und nit höcher den ewiggelt ablösen mügen. Aber die verzinnsung soll er bis auf die ablösung völlig raichen; also, wann ainer ainem fünff gulden gelts um siebenzig gulden haubtsumma verkaufft, soll der innhaber järlich die fünff gulden gült völlig ze raichen schuldig, aber entgegen auch solche fünff gulden gelts mit den sibenzig gulden und nit mehr abzulösen schuldig sein."

[22] Diese besteht jetzt durchgängig in einer Geldleistung Riedl § 76 S. 145,

den zwanzigfachen Betrag darstellen, die Verzinsung darf daher 5% nicht übersteigen [23]; dagegen kann eine geringere Verzinsung also ein höherer Capitalbetrag giltig bedungen werden [24]. Die in den früheren Gesetzen bestimmte Strafe des Verlustes des Capitals bei Ueberschreitung des Verbotes ist jetzt nicht mehr anwendbar, vielmehr ist nur die Uebereinkunft ungiltig so weit sie das erlaubte Maaß überschreitet [25]. Die durch das Gesetz 5/12 1867 verfügte Aufhebung der Zinsbeschränkungen ist auf dieses Verhältniß ohne Einfluß [26].

c. Die für die Ablösung des Ewiggelds geltenden gesetzlichen Bestimmungen sind der Abänderung durch vertragsmäßige Festsetzung entzogen. Die Ablösungssumme darf daher nicht höher als der Ankaufspreis bestimmt werden [27], und es darf weder die Unablöslichkeit des Ewiggelds [28] noch die Befugniß des Giltherrn zur Aufkündigung [29] stipulirt werden.

Auer, Einleitung 147, 7. Früher waren Naturalabgaben ganz gewöhnlich, Auer, Einleitung 135, die aber später alle in Geldleistungen verwandelt oder zu solchen angeschlagen wurden.

[23] G.B.O. 1628 Art. 6. „Und demnach auch, wie fürkombt, die ewiggelt ersten anfangs bißweilen wolfailer und nit umb die landtsgebreuchige summa, als ain gulden pr. zwanzig gulden, oder fünf gulden pr. hundert gulden, sondern etwan vil geringer verkauft und aufgelegt werden, welches nit allein der uhraltn ewiggeltsordnung, sonder auch den rechtmässigen satzungen zuwider ist, also hat ain ersamer rathe gesetzt und mit ernst anbevolchen, das hinfüro kain ewiggelt bei verlierung des haubtguets anderst aufgelegt werde, dann ain gulden gelts pr. zwanzig gulden capital; und sollen deßwegen auf beschechnes zusprechen so wol der kauffer als verkauffer bei der statschreiberei warhafftig anzezaigen schuldig sein, ob der herleicher die angegebne summa one allen abbruch und aufhebung völlig bezahle, und ob der inhaber des grundstücks vielleicht einen jarzinß minder oder mehr vorhinein bezahlen müsse."

[24] Riedl § 81. S. 99, § 88. S. 106; Arnold, Einklagung § 76, 3.

[25] Auer, Einleitung 160 Nr. 3.

[26] Das Verhältniß der 5% Verzinsung bildet bei dem Ewiggeld nur den Maaßstab für die Bestimmung des gesetzlich geregelten Kaufpreises.

[27] Auer, Einleitung 161.

[28] G.B.O. 1572 Art. 8. „Item es sollen stadtschreiber und unterrichter nun füran kainen brief, darinnen der verkaufft ewiggelt steuerfrey verschrieben sey, nit mer siglen, deßgleichen auch kainen ewiggeltbrief auf unablößlich, wie vor alters gebrauchig gewest, weder schreiben noch siglen, es geschehe dann mit rahts vorwissen und erlaubnus." Die G.B.O. 1628 erwähnt diese Beschränkung nicht mehr, sie ist aber in der Praxis allgemein anerkannt Riedl § 5 S. 105 und § 81 S. 158; Auer, Einleitung 160, 2.

[29] Gantordnung 1571 Art. 2 § 8. „soviel aber die nebenbrief betrifft,

d. Der für Bestellung des Ewiggelds bedungene Kaufschilling muß bei Constituirung desselben baar bezahlt werden [30].

3. Eintragung in das Grundbuch. Das Ewiggeld setzt zu seiner gültigen Entstehung Eintragung in das Grundbuch voraus. Das Grundbuch wird in München seit dem Jahre 1484 geführt, und umfaßt alle in dem Burgfrieden gelegenen Grundstücke und Häuser [31]. Der Eintragung geht die Ausstellung des Ewiggeldbriefes voraus [32]. Die Eintragung in das Grundbuch [33], ohne welche der Ewiggeldbrief nicht ausgehändigt werden darf [34], ist die Voraussetzung der Bestellung [35]. Im Hypothekenbuch werden die Ewiggelder zwar vorgetragen [36], jedoch nur wie andere Reallasten zur Wahrung des Vorrangs gegenüber eingetragenen Hypotheken [37].

IV. Beendigung. Die Erlöschung des Ewiggelds setzt immer Löschung im Grundbuch voraus [38]. Löschungsgründe sind:

1. Der gänzliche Untergang der Sache [39], Consolidation der Giltberechtigung und des Eigenthums der Sache in einer Person [40], und Verzicht des Berechtigten [41].

---

darinn dem gilteinnemer die aufforderung des ewiggelts zugelassen wirdet, die sollen hiemit auf künftig nit geben noch aufgericht noch minder darauf erkent werden." Auer, Einleitung 161, 3.

[30] Auer, Einleitung 161, 2.

[31] Riedl § 51 S. 53, § 54 S. 57 und § 75. S. 93; Auer, Einleitung 152. Hartter, die deutsche Grundübereignung besonders zu München Bl. XIII. 260. Darauf beziehen sich die Grundbuchsordnungen von 1572, 1573 und 1628 Auer, Stadtrecht S. 243—269.

[32] S. über diesen Riedl § 83, 100 und 166; die Ausstellung des Ewiggeldbriefs steht ausschließlich dem Ewiggeldgericht nicht den Notaren zu; s. Zink, Comment. zum Not.Ges. 443, 6 und oben Note 17.

[33] Ueber das Verfahren vgl. Riedl § 122, 131.

[34] Riedl § 122, 131.

[35] G.B.O. 1572 Art. 1; 1628 Art. 1 Riedl § 122 S. 131; Auer, Einleitung 155, 2; Arnold, Einklagung § 78, 3.

[36] H.G. § 135. „Von den auf der Sache haftenden Ewiggeld-Kapitalien ist eine summarische Anzeige ihres Gesammtbetrages sowohl an Kapital als an den davon jährlich zu entrichtenden Ewiggeldern in das Hypothekenbuch einzutragen und darüber ein beglaubigter jedoch nur summarischer Auszug aus den über die Ewiggelder besonders geführten Büchern den Akten beizulegen." Die Eintragung der Ewiggelder erfolgt von Amtswegen ohne Anmeldung Einf.Ges. 1/6 22 § 7.

[37] Vgl. unten § 185, 4.

[38] Riedl 104, Auer, Einleitung 191.

[39] Riedl § 86, 169, Auer, Einleitung 188 Nr. 1, wo die Annahme von

2. Durch richterliche Verfügung, wenn zur Strafe der unrichtigen Angabe der Kaufsumme bei Transport die Verwirkung des Ewiggeldcapitals ausgesprochen wird [42].

3. Durch Delirung in Folge der Herabgantung [43].

4. Durch einseitige Ablösung von Seite des Schuldners [44].

5. Durch Amortisation, indem nach Bezirksgerichtlichem Erkenntniß 16/10 1871 die Bestimmungen des Hypothekengesetzes § 82 über die Amortisation von Hypothekcapitalien [45] auf Ewiggeldcapitalien analog angewendet werden [46].

§ 178.

II. Inhalt.

Ueber die Rechtsverhältnisse der Interessenten ist folgendes zu bemerken:

I. Rechte des Ewiggeldgläubigers. 1. Der Ewiggeldgläubiger hat Anspruch auf Zahlung der Gilt. Die Gilt ist 14 Tage nach dem Verfalltag fällig [1]. Sie ist eine dingliche Last des Objekts [2] nicht eine persönliche Verpflichtung des Schuldners, da persönliche Haftung des Ewiggeldschuldners durch besondere Vereinbarung begründet werden muß [3]. Eine abweichende Meinung will zwischen gefreiten

---

Kreittmayr Anm. d zu G.O. XX. 16 daß durch Abbrennen des Hauses das Ewiggeld erlösche widerlegt ist, da es ja auf dem Boden fortdauert.

[40] Riedl § 86 S. 104 und 170; Auer, Einleitung 189 Nr. 2.

[41] Riedl § 86 S. 104; Auer, Einleitung 190 Nr. 5.

[42] Auer, Einleitung 190 Nr. 4. vgl. unten § 178, 13.

[43] Vgl. unten § 179, 20.

[44] Vgl. unten § 178, 29 f. und Auer, Einleitung § 50.

[45] Vgl. unten § 196, 31.

[46] Ausschreibung des k. Stadtgerichts München l/J. 4/11 1871 in Münchner Neueste Nachrichten 1871 Nr. 99203.

[1] Gantordnung 1571 Art. 1 § 2: Das ein jeder Mitburger der ainen ewigen Golt oder gült under gmainer stat geschwornen ewigengeltinsigel hat auf ainem grundtstuck allhie in der stat oder burckfrid gelegen .... der mag nach verscheinung 14 tag nach der gültzeit, darauf sich der ewiggeld verfallen hat, aber ee nit, ainen aus den vier gemeiner stat ambtleuten ansprechen ... das er dem .. Inhaber seines verpfendten und verschribnen unterpfandts sperre. Riedl § 78 S. 152; Auer, Einleitung 166 Nr. 1; Arnold, Einklagung § 89, 3. Eine ähnliche Bestimmung hat das ältere Lübische Recht Pauli, Wieboldsrenten 58.

[2] Vgl. unten Note 35, Auer, Einleitung 170 f. Die Rente haftet nur auf der Sache nicht auf den Früchten Riedl § 78 S. 96 und 152.

[3] Vgl. unten Note 33.

und ungefreiten Gilten unterscheiden, und nur den ersteren den dinglichen Charakter beilegen. Die gefreiten Gilten waren ursprünglich die einjährigen Rückstände, welche gleichen Rang mit den correspondirenden Ewiggeldcapitalien hatten [4], während alle übrigen Rückstände als ungefreite Gilten nach den Ewiggeldcapitalien aber vor allen anderen Forderungen zum Zug kamen [5], und ohne Rücksicht auf ihr Alter und die Priorität des Ewiggeldcapitals mit gleichem Rang unter sich locirt wurden [6]. Durch die Prioritätsordnung von 1822 ist dieß dahin geändert, daß den zweijährigen Giltrückständen der Rang des Ewiggeldcapitals und der Vorrang vor allen Hypothekcapitalien den Giltrückständen aber der Platz nach den Hypothekcapitalien eingeräumt ist [7], woraus von manchen der Schluß gezogen wurde, daß nur die ersteren nicht aber die letzteren als dingliche Lasten anzusehen seien. Allein die Bestimmung der Prioritätsordnung bezieht sich nur auf den Rang der Giltrückstände in Concurrenz mit Hypothekcapitalien, und ist ohne Einfluß auf die rechtliche Natur der älteren Rückstände, deren dinglicher Charakter gesetzlich anerkannt ist, da das Separationsrecht auch ihnen zusteht [8].

2. Der Ewiggeldgläubiger kann sein Recht durch Vertrag oder letzten Willen ganz oder theilweise auf einen anderen Gläubiger übertragen [9]. Zum Uebergang auf den neuen Erwerber ist Errichtung

---

[4] Gantordnung 1571 Art. 7.

[5] Gantordnung 1571 Art. 2 § 7.

[6] A. M. Riedl § 78 S. 97 und 155, der auch die älteren Giltrückstände nach der Priorität des Ewiggeldcapitals lociren will; s. dagegen Auer, Einleitung 175, 2.

[7] Prior.O. 1/6 22 § 6. „Ist die Sache nicht blos mit Ewiggeldern sondern auch mit Hypotheken belastet, so hat von den jährlichen Gilten neben dem bei Eröffnung der Gant laufenden Jahre, auch der Rückstand von den zwei unmittelbar vorhergehenden Jahren den Vorzug vor den Hypotheken, dann folgen die Hypotheken und nach diesen die andern Rückstände an ungefreiten Gilten. In Ansehung der gefreiten Gilten und der Ewiggeld-Kapitalien hat es bei den Ewiggeldrechten sein Verbleiben."

[8] Prior.O. 1/6 22 § 6. „Das Separationsrecht steht ferner dem Ewiggeld der Stadt München sowohl in Ansehung der Kapitalien als der davon zu entrichtenden jährlichen Gilten und Zinsen zu." Auer, Einleitung 168, 4 und 184; Arnold, Einklagung § 83. Ueber die Meinung, welche nach Bayrischem Recht das oben erwähnte Princip auf alle Reallasten anwenden will vgl. oben § 171, 17.

[9] Auer, Einleitung 170, 2 und 186, 3.

eines Transportbriefs [10] und Eintragung in das Grundbuch [11] erforderlich, während bei Vererbung ein Transportbrief nicht errichtet sondern der erbweise Uebergang nur in dem Grundbuch eingetragen wird [12]. Bei kaufsweiser Uebertragung des Ewiggelds sind die Contrahenten den wahren Kaufpreis anzuzeigen verpflichtet [13], da der Ewiggeldschuldner die Befugniß hat um diesen das Ewiggeld abzulösen [14]. Das Umgehen dieser Vorschrift ist mit dem Verlust des Ewiggelds bedroht, indem die Verwirkung des Ewiggelds durch richterliches Erkenntniß ausgesprochen wird [15].

3. Der Ewiggeldgläubiger kann sein Recht verpfänden, zwar nicht durch Bestellung einer Hypothek [16] aber durch Bestellung eines Faustpfandes [17].

4. Bei Concurrenz mehrerer Ewiggeldcapitalien bestimmt sich die Reihenfolge nur nach der Zeit der Eintragung im Grundbuch [18]. Mit

---

[10] Vgl. über diesen Riedl § 84, 101.

[11] G.B.O. 1628 Art. 1 und 4; Auer, Einleitung 175, 3.

[12] Riedl § 82 S. 100.

[13] G.B.O. 1628 Art. 7. „Wann aber ain ewiggeld nit erst auf ain grundtstuck gelegt sonder als ein alter ewiggelt weitter verkaufft würdet, gibt man nit maß oder ordnung, wie ain jeder seinen ewiggelt verkauff oder kauffe; wie dann ain jeder solche ewiggelt seines gefallens gar wol wolfayler geben darf, und darüber auch transport- oder übergabbrief ohne mitl aufgericht werden künden; doch sollen dißfalls die partheyen auch vleissig erinnert werden, daß sie den rechten kauf bei gleichmessiger verliehrung des hauptguets treulich und aufrichtig anzaigen, und ain mehrers nit, dann was sie in der warheit darumben geben in den wilbrief einschreiben lassen."

[14] Vgl. unten Note 31.

[15] Auer, Einleitung 186, 2 und 190, 4. Riedl § 80 S. 157 constatirt, daß obwohl die Uebertretung dieser Vorschrift notorisch doch ein Anwendungsfall der Strafbestimmung nicht bekannt sei, und läßt es dahingestellt, ob die letztere nicht als durch Gewohnheit derogirt anzusehen sei. Allein diese Annahme widerspricht dem auch bei uns anerkannten Grundsatz daß sich gegen verbietende Gesetze derogirende Gewohnheiten nicht bilden können vgl. oben § 9, 28, und sie ist daher von Auer, Einleitung 186, 2 mit Recht zurückgewiesen.

[16] Auer, Einleitung 170 führt mit Recht aus daß das Ewiggeld die in Hyp.Ges. § 3 bestimmten Eigenschaften eines zur Hypothekbestellung geeigneten dinglichen Rechtes habe. Allein in der Praxis ist die von Gönner, Comment. I. 118 ausgeführte entgegenstehende Ansicht recipirt vgl. unten § 187, 18.

[17] Vgl. unten § 197, 15.

[18] Riedl § 78, 97; Auer, Einleitung 174, 1. Die Theile eines Ewiggeldscapitals haben unter sich gleichen Rang Auer, Einleitung 186.

dem Capital hat nach Ewiggeldrecht die gefreite Gilt gleichen Rang, und geht daher den späteren Ewiggeldern vor [19]. Ungefreite Gilten stehen sämmtlichen Ewiggeldcapitalien mit ihren gefreiten Gilten nach, und haben ohne Rücksicht auf ihr Alter und die Priorität des Ewiggeldkapitals unter sich gleichen Rang [20]. Soweit jedoch Ewiggeldcapitalien mit Hypothekcapitalien concurriren[21], gehen die Gilten des laufenden Jahrs und der zwei unmittelbar vorhergehenden Jahre mit den Ewiggeldcapitalien den Hypothekcapitalien vor, während die übrigen Giltrückstände den Hypothekcapitalien nachstehen [22].

5. Die Ewiggeldcapitalien und die davon rückständigen Gilten haben im Concurs ein Separationsrecht [21].

6. Der Ewiggeldgläubiger hat einen gesetzlichen Titel zur Erwerbung einer Hypothek auf der belasteten Sache für die Rückstände an Gilten. Da nur die jeweiligen zweijährigen Rückstände den Hypothekcapitalien vorgehen, so dient eine solche Eintragung zur Sicherung des Vorrangs vor den Hypothekcapitalien [23].

II. Rechte des Ewiggeldschuldners. 1. Der Ewiggeldschuldner kann alle Dispositionen über die Sache treffen, durch welche das Recht des Ewiggeldgläubigers nicht beeinträchtigt wird. Er kann daher, soweit nicht die Bestimmungen des Ewiggeldrechts entgegenstehen [24], andere Ewiggelder auflegen [25], und Hypotheken eintragen lassen [26]. Ebenso kann er die belastete Sache veräußern [27], aber nicht ohne Zustimmung des Ewiggeldgläubigers theilen [28].

---

[19] Vgl. oben Note 4. Nach Ewiggeldrecht sind nur einjährige Rückstände gefreite Gilten.

[20] Auer, Einleitung 175, 2; vgl. oben § 178, 6.

[21] Prior.O. § 6. Auer, Einleitung 175, 2 bezeichnet dieß mit Recht als ein Ausnahmsgesetz für den Fall der Concurrenz von Ewiggeld- und Hypothekcapitalien.

[22] Prior.O. § 6; Auer, Einleitung 180.

[23] Auer, Einleitung 167, 3 hebt mit Recht hervor, daß Giltrückstände unter die Bestimmungen des H.G. § 12, 4 fallen, wie dieß auch Gönner, Comment. I. 195 annimmt, und daß der Gläubiger allerdings ein Interesse an der Eintragung habe. Vgl. auch unten § 189, 16.

[24] Dieß gilt namentlich von der Belastung über die Hälfte des Werthes oben § 177, 20 und bei Eintragung eines Arrestes oben § 177, 9.

[25] Auer, Einleitung 158, 4 und 171, 4.

[26] Auer, Einleitung 171, 3.

[27] Auer, Einleitung 171, 2.

[28] Auer, Einleitung 171, 5.

2. Der Ewiggeldschuldner hat das Recht der einseitigen Ablösung des Ewiggeldcapitals, und zwar ist diese Befugniß mit dem Rechtsverhältniß in der Art verbunden, daß auch nicht vertragsmäßig darauf verzichtet werden kann [29]. Das Ewiggeld darf nur im ganzen abgelöst werden, wenn nicht der Gläubiger in eine theilweise Ablösung willigt [30]. Der Ewiggeldschuldner muß die Ablösung zwei Monate vor dem Verfalltag verkünden [31], und innerhalb der nächsten 14 Tage von diesem an gerechnet Zahlung leisten, worauf dem Ewiggeldgläubiger ein persönlicher Anspruch zusteht [32]. Die Ablösungssumme besteht in dem Kaufpreis [33] und bei Transport unter dem Kaufpreis in dem Transportpreis [33], bei nicht gekauften Gilten in dem Capitalsanschlag und in Ermanglung eines solchen in dem zwanzigfachen Betrag der Gilt [35].

3. Der Ewiggeldschuldner haftet nicht persönlich, wenn er nicht eine solche Haftung ausdrücklich übernommen hat [36]. Daher kann der Ewiggeldgläubiger, der aus dem Objekt nicht befriedigt wird, keinerlei Rechte gegen das übrige Vermögen des Ewiggeldschuldners geltend machen [37], und jeder Eigenthümer haftet für alle Rückstände [38], weß=

---

[29] G.B.O. 1572 Art. 8. „Deßgleichen auch keinen Ewiggeldbrief auf unablöslich wie vor Alters gebreuchig gewest weder schreiben noch siegeln es geschehe denn mit Rhats Vorwissen und Erlaubniß." Die hier vorbehaltene Genehmigung durch den Rath ist mit der jetzigen Gerichtsverfassung nicht vereinbar, daher nicht mehr zuläßig; dagegen ist die auf Grund des früheren Rechts in einzelnen Fällen mit Rathsgenehmigung bestimmte Unaufkündbarkeit noch zu Recht bestehend Auer, Einleitung 195, 2.

[30] Auer, Einleitung 196, 4.

[31] G.B.O. 1572 Art. 12 § 7 und 1573 Art. 9 § 7; Auer, Einleitung 197, 1.

[32] Auer, Einleitung 197.

[33] G.B.O. 1572 Art. 10.

[34] G.B.O. 1628 Art. 7 oben Note 13.

[35] Auer, Einleitung 196, 1.

[36] Gantordnung 1571 Art. 2. § 8. „Die anderen nebenbrief aber, darinn sich ainer allein baß versichert auf mereren underpfandten ligenden oder varenden, die seien nit abgeschafft, dieselben nebenbrief binden aber den künftigen oder nachkumenden einthüer des grundstucks gar nit mit seinem haab und guet, sunder nur den hypothecanten, oder der im nebenbrief bekennt und seine erben, und weiter niembt". Auer, Einleitung 173.

[37] Auer, Einleitung 171.

[38] Auer, Einleitung § 46.

halb sich auch der Eigenthümer durch Dereliktion von jeder weiteren Haftung befreien kann [39].

§ 179.

III. Rechtsmittel.

Zur Geltendmachung seines Rechtes hat der Ewiggeldgläubiger die Besitzklagen [1], und wenn ihm vom Schuldner das Ewiggeld gekündigt ist die persönliche Klage [2], dann zur Verfolgung des Rechtes im ganzen die actio confessoria utilis [3]. Für die Klage auf die Ewiggeldrente [4] ist der privilegirte Ewiggeldprozeß gegeben, welcher in der Hauptsache noch dem im 16. Jahrhundert üblichen Verfahren entspricht [5], und der auch in der neuen Prozeßgesetzgebung anerkannt ist [6]. Er richtet sich nach folgenden Grundsätzen:

I. Der Ewiggeldprozeß gehört ausschließlich zur Competenz der Stadtgerichte links und rechts der Isar [7]. Diese sind die allein entscheidende Behörde [8]; gegen ihre Erkenntnisse ist nur ein Rekurs gegegeben, der ursprünglich an das Justizministerium gerichtet wurde [9], jetzt aber bei dem Bezirksgericht eingelegt wird [10].

II. Der Ewiggeldproceß hat drei Stadien denen ebenso viele Klagen entsprechen:

---

[39] Ueber das dabei einzuschlagende Verfahren s. Auer, Einleitung 171.

[1] Riedl § 90 S. 108; Auer, Einleitung 199.

[2] Auer, Einleitung 197.

[3] Auer Einleitung 197.

[4] Die Praxis läßt den privilegirten Ewiggeldprozeß nur für die nach der Pr.O. 1/6 1822 § 6 gefreiten Gilten, d. h. zweijährige Rückstände zu; dem ursprünglichen Recht entspricht dieß jedoch nicht s. Auer, Einleitung 212, 2 und Arnold, Einklagung § 83.

[5] Die Gesetzgebung ging früher ganz offen darauf aus die Execution möglichst hinauszuziehen, und hatte zu diesem Behuf die s. g. Quatembergerichte eingeführt, welche erst 1803 beseitigt wurden. Riedl 80 führt einen Fall an, wo in einer Gant 889 Ganttage gehalten wurden, und nur die Gebühren des Gantdieners für das Abhalten der Ganttage 666 fl. 45 kr. betrugen.

[6] Einf.Ges. zur Proz.Ord. Art. 8.

[7] Riedl § 46 S. 93; Auer, Einleitung 200; Arnold, Einklagung § 114.

[8] Arnold Einklagung § 114.

[9] Riedl § 95 S. 111 und § 104 S. 116; Auer, Einleitung 209.

[10] Nach Ges. 26/2 50 sind die Recurse bei dem nächst höheren Civilgericht einzureichen.

1. Die erste Klage ist die mit dem Ewiggeldbrief belegte Klage auf Verhängung der Sperre, d. h. auf Erlassung eines unbedingten Zahlungsmandats, worauf das Gericht das Sperrdekret nämlich den Auftrag erläßt die Giltrückstände nebst Kosten binnen 14 Tagen zu bezahlen [11].

2. Kommt der Beklagte dem Auftrag nicht nach [12] so stellt der Ewiggeldgläubiger die zweite Ewiggeldklage oder die Klage auf Span- und Wasenschnitt. 'Diese Klage geht auf Erlassung eines weiteren Zahlungsbefehls mit Executionsandrohung. Hierauf erhält der Beklagte den Auftrag innerhalb 14 Tagen bei Vermeidung der Execution den Kläger zu befriedigen, und zugleich wird der Gerichtsdiener beauftragt, an dem belasteten Objekt den Span- oder Wasenschnitt vorzunehmen [13], was als der symbolische Beginn der Exekution anzusehen ist.

3. Kommt der Beklagte dem Zahlungsauftrag nicht nach so stellt der Gläubiger die dritte Ewiggeldklage auf Exekution, worauf von dem Gericht die Aufsteckung verfügt und damit die Vergantung eingeleitet wird [14].

III. Für den Gantverkauf gelten folgende Grundsätze:

1. Die Vergantung wird eingeleitet durch Herstellung des Gantverzeichnisses. In diesem werden die Gerichts- und Gantkuratelkosten sammt den privilegirten Rückständen an Rauchfangkehrerlohn Staatsabgaben Reallasten und öffentlichen Lasten [15], die Ewiggeldcapitalien, die gefreiten Gilten, die Hypothekcapitalien und die ungefreiten Gilten

---

[11] Riedl § 100 S. 114; Auer, Einleitung § 55; Arnold, Einklagung § 89—93.

[12] Ueber die zuläßigen Einreden und ihre Bescheidung vgl. Riedl § 101 S. 114, Auer, Einleitung § 57 Nr. 3 und Arnold, Einklagung § 96.

[13] Gantordnung Art. 2; Riedl § 105 S. 117 und 190; Auer, Einleitung § 59; Arnold, Einklagung § 98. Der Spanschnitt wird bei Häusern der Wasenschnitt bei Grundstücken vorgenommen, und es werden diese Symbole zu den Akten gebracht. Das gleiche Verfahren findet sich bei dem alten Einwältigungsprozeß in norddeutschen Statuten Pauli, Wieboldrenten 94.

[14] Riedl § 108 S. 118; Auer, Einleitung § 60; Arnold, Einklagung § 101.

[15] A.M. Auer, Einleitung 226 der diese in der Praxis übliche Lokation der angeführten privilegirten Posten für unzuläßig hält, weil diesen ein Separationsrecht nicht zukomme; allein mit Recht hebt Arnold, Einklagung § 102 hervor, daß diese Posten, da sie nach Prior.O. § 12 den Hypothekgläubigern vorgehen sollen, auch in der Ewiggeldgant den Vorzug haben müssen.

aufgeführt, und zugleich eine gerichtliche Schätzung vorgenommen. Die aus dem Gantverzeichniß sich ergebende Summe oder wenn er höher ist der Schätzungswerth bildet den Aufwurfspreis [16].

2. Die Aufsteckung [17] erfolgt durch den Gerichtsdiener [18] auf öffentlichem Markt in der Art, daß an den ersten drei Tagen, den s. g. Diskretionstagen, täglich von 12—1 Uhr Mittags die erste Gant abgehalten wird, indem hier dem Schuldner das Recht zusteht, durch Zahlung sämmtlicher Giltrückstände die Gant aufzuheben [19]. Am vierten Tag beginnt die zweite Gant oder Herabgantung, indem täglich zwei Stunden vor dem Abendgebetläuten die Kaufsangebote angenommen werden, und zwar wird am vierten Ganttag das Objekt um den vollen Aufwurfspreis, vom fünften Ganttag an aber um einen alle 14 Tage um täglich fünf Gulden sich mindernden Aufwurfpreis ausgeboten, indem die auf dem Objekt ruhenden Lasten von unten auf getilgt werden, wobei, wenn die Grenze der Ewiggeldcapitalien erreicht ist, die weitere Herabsetzung, insoferne dieselbe täglich 20 fl. betragen soll, von der Einwilligung des gefährdeten Ewiggeldgläubigers abhängt. Sobald die Herabgantung so weit gediehen ist, daß die eingetragenen Gläubiger in Verlustgefahr kommen, kann jeder, dem die Verlustgefahr droht, das Gantobjekt gegen Berichtigung der darauf ruhenden Lasten übernehmen, wobei dem bedrohten Ewiggeldgläubiger unter Aussetzung der Aufsteckung eine dreitägige Bedenkzeit zusteht. Die delirten Posten treten aus der Gant, und verlieren den Anspruch auf Befriedigung aus der Sache [20].

3. Die Aufsteckung wird so lange fortgesetzt bis sich ein Käufer findet, der das Objekt um den Aufsteckungspreis übernimmt. Die Angebote werden nur bis zum Abendgebetläuten angenommen. Der

---

[16] Riedl § 109 S. 120 und 193; Auer, Einleitung § 61; Arnold, Einklagung § 102.

[17] Die Bezeichnung rührt daher, daß das Gantverzeichniß in den vor dem Gantladen aufzustellenden Gantsessel gesteckt wird Riedl § 111 S. 121; Arnold Einklagung § 105, 3.

[18] Gantordnung 1571 Art. 3 und 4. Ein Aufsatz Z. f. Not. III. 4 will aus dem Notariatsgesetz nachweisen, daß der Verkauf nunmehr durch einen Notar zu geschehen habe.

[19] Riedl § 112 S. 122; Auer, Einleitung 229, 2; Arnold, Einklagung § 104.

[20] Riedl § 113 S. 123; Auer, Einleitung § 62; Arnold, Einklagung § 107—111.

Käufer muß wenigstens am nächsten Morgen die sämmtlichen Gantkosten und die sämmtlichen nicht delirten Ewiggeldrenten abliefern, womit der Kauf für geschlossen gilt [21].

§ 180.

IV. Kirchliche Baulast.

Die auf dem Zehntrecht ruhende kirchliche Baupflicht kann, wenn der Zehnt abgelöst wird, als Reallast auf Grundbesitz radicirt werden [1]. Die Baupflicht richtet sich ihrem Inhalt nach nach den bisher dafür geltenden gesetzlichen Bestimmungen [2]. Diese Baupflicht wird mit Angabe ihres Capitalwerthes in das Hypothekenbuch eingetragen [3], und kann nach vorgängiger halbjähriger Aufkündigung von dem Baupflichtigen durch Erlag des Capitalwerthes abgelöst werden [4].

Caput 5.

Pfandrecht.

§ 181.

Allgemeine Lehren [1].

In der Auffassung der Natur des Pfandrechts läßt sich ein principieller Unterschied zwischen römischem und deutschem Recht nicht nach-

---

[21] Riedl § 115 S. 124; Auer, Einleitung § 63; Arnold, Einklagung § 112.

[1] Gesetz 28/5 52 Art. 1. Der Baupflichtige kann außerdem nach seiner Wahl die Baupflicht ganz ablösen oder durch Deponirung von inländischen Staatspapieren sicher stellen, oder sie in einen ständigen jährlichen Baucanon verwandeln.

[2] Vgl. darüber Permaneder, die kirchliche Baulast oder die Verbindlichkeit der baulichen Erhaltung und Wiederherstellung der Cultusgebäude 2. Auflage München 1856.

[3] Ges. 28/5 52 Art. 8, 1.

[4] Ges. 28/5 52 Art. 10.

[1] Vgl. Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts Leipzig 1860. Windscheid § 224—249. Albrecht, Gewere § 15—17. Meibom, das deutsche Pfandrecht Marburg 1867. Beseler, Pr.R. § 95—98. Förster, P. P.R. § 190—200.

weisen. Wie nach römischem [2] so war auch nach deutschem Recht [3] das Pfandrecht ein dingliches Recht zur Sicherung einer Forderung und also auch nach diesem ein nur accessorisches Recht [4]. Indessen beschränkt sich darauf die Uebereinstimmung; alle anderen Seiten des Instituts haben sich in den beiden Rechten verschieden gestaltet, und es tritt die Abweichung namentlich in folgenden Punkten hervor:

1. In dem deutschen Pfandrecht war das Princip der Specialität ganz bestimmt ausgebildet; Verpfändungen des ganzen Vermögens sind vereinzelte Ausnahmen, und müssen als ein anomales Rechtsverhältniß angesehen werden [5].

2. Nach deutschem Recht wurde zur Entstehung des Pfandrechts ein Akt der Constituirung vorausgesetzt, und es gab daher keinerlei gesetzliche Pfandrechte.

3. Die Begründung des Pfandrechts war für Mobilien eine andere als für Immobilien. Während das deutsche Recht bis zur Reception des römischen Rechts die Verpfändung von Mobilien nur durch Besitzübertragung zuließ [6], war bei Immobilien, für welche ursprünglich der gleiche Grundsatz gegolten hatte (ältere Satzung) [7], in dem späteren Recht eine Pfandbestellung ohne Besitzeinräumung (neuere Satzung) [8] ausgebildet, wobei jedoch für beide die Nothwendigkeit ge-

---

[2] Windscheid § 224, 8, wo die abweichenden Meinungen zusammengestellt sind.

[3] Dieß wurde früher so wenig bezweifelt, daß man das Rechtsverhältniß bei Faustpfand und älterer Satzung sogar als widerrufliches Eigenthum charakterisirte; s. Albrecht, Gewere S. 137 und 144, Madai, die Satzung Z. f. d. R. VIII. 284. Die Dinglichkeit des Pfandrechts nach deutschem Recht nehmen daher auch an Albrecht, Gewere § 15—17, Beseler, Pr.R. § 95, Gerber, P.R. § 149. Die neuerdings von Meibom, Pfandrecht S. 432 f. aufgestellte abweichende Meinung ist widerlegt von Stobbe in Pözl, Krit. V.J.Schr. IX. 319. Vgl. auch Förster, P. P.R. § 191, 8.

[4] Dieß wird für das Pfandrecht an Immobilien in Abrede gestellt von Albrecht, Gewere 146, Beseler, Pr.R. § 95. III. und Meibom, Pfandrecht 273 f.; s. dagegen Stobbe in Pözl Krit. V.J.Schr. IX. 294 f.

[5] Beseler, Pr.R. § 95, 26. Stobbe in Pözl, Krit. V.J.Schr. IX. 317. Förster, P. P.R. § 191, 3.

[6] Albrecht, Gewere 132, 278 f. Beseler, P.R. § 95, 2. Die neuerdings von Meibom, Pfandrecht 412 f. aufgestellte abweichende Meinung ist widerlegt von Stobbe in Pözl Krit. V.J.Schr. IX. 316, Förster, P. P.R. § 191, 2, Goldschmidt, Handelsrecht § 95, 9.

[7] Albrecht, Gewere 142 f. Beseler, P.R. § 95, 6 f.

[8] Albrecht, Gewere 147 f. Beseler, P.R. § 95, 19 f.

richtlicher Auflassung oder der diese ersetzenden Form ausgesprochen, demnach das Princip der Publicität anerkannt war.

Die Reception des römischen Rechts führte hierin eine vollständige Umänderung herbei, indem die Grundsätze desselben nicht nur subsidiär sondern in den meisten Rechtsgebieten ausschließlich zur Geltung gelangten, so daß die Erhaltung von Statuten, in welchen das Pfandrecht nach den Principien des deutschen Rechts geregelt war, die Ausnahme bildete [10]. Auch in den Rechtsgebieten, aus welchen das Königreich Bayern zusammengesetzt ist, bildete das römische Pfandrecht die durchgehende Regel [11], und es finden sich nur in folgenden Rechtsgebieten besondere gesetzliche Bestimmungen:

1. Das Grundbuch der Stadt München. Hier war nicht nur in dem Stadtrecht die gerichtliche Errichtung als nothwendige Form der Verpfändung von Immobilien ausgesprochen [12], sondern es war hier auch durch eigne Grundbuchordnungen die Auflassung und dingliche Belastung städtischer Immobilien besonders geregelt [13].

2. Das Stadtbuch der Städte Ulm und Nördlingen. Schon frühzeitig hatte sich in Ulm das Institut der gerichtlichen Auflassung ausgebildet, welches zunächst für städtische Immobilien die Nothwendigkeit der Eintragung aller darauf bezüglichen Geschäfte in das öffentliche Buch zur Folge hatte [14]. Dieß war auch in der spä-

---

[10] Ueber den Entwicklungsgang der Pfandgesetzgebung nach Reception des römischen Rechts vgl. Beseler, Pr.R. § 96. Eine eingehende Darstellung der Ausbildung des älteren Hypothekenrechts mit Berücksichtigung der Gesetzgebung in den einzelnen Rechtsgebieten seit dem 16. Jahrhundert ist dringendes Bedürfniß.

[11] Namentlich gilt dieß für das Rechtsgebiet des bayrischen Landrechts, welches L.R. II. 6 und G.O. XX. die Grundsätze des römischen Rechts fast unverändert wiedergiebt. Vgl. Gönner, Comment. I. 45.

[12] Stadtrecht Art. 32: Wer Erb und Aigen zu Pfandt will setzen, der sol daz tuon vor Gerichts in ofner Schrannen in der vier Wenden und daz sol man schreiben in daz Gerichtbuoch.

[13] Vgl. oben § 136, 37 und § 176, 24 f.; Gönner, über zweckmäßige Einrichtung des Hypothekenbuchs § 12. Darauf beruht das noch jetzt in Uebung stehende Ewiggeldinstitut der Stadt München, wovon oben § 176—179.

[14] In Ulm findet sich ein Stadtpfandbuch seit 1401 Jäger, Ulms Verfassung 1831 S. 283 und 322; es ist indessen anzunehmen, daß die Einrichtung auf ältere Zeit zurückführt s. Gönner, Einrichtung des Hypothekenbuchs § 14 und S. 153, wo über die Form des Ulmer Grund- und Hypothekenbuchs Mittheilungen gemacht sind.

teren Gesetzgebung erhalten, und es war nicht nur den in das Pfandbuch eingetragenen Hypotheken der Vorzug vor allen anderen Forderungen mit Ausnahme der Erdzinsen und Steuern eingeräumt [15], sondern auch die dingliche Wirkung der Generalpfandrechte ausgeschlossen [16]. Die gleichen Bestimmungen und offenbar daraus abgeleitet finden sich in dem Nördlinger Stadtrecht [17].

3. Die Hausbriefe der Städte Augsburg und Regensburg. In diesen beiden Städten findet sich eine Form der Pfandbestellung, von der bisher aus anderen Rechtsgebieten nichts bekannt geworden ist [18]. Sie bestand darin, daß der Kaufbrief oder Uebergabbrief des Grundstücks, welches verpfändet werden sollte, dem Gläubiger zur Begründung des Pfandrechts übergeben wurde. In

---

[15] Gesatz und Ordnung IV. 1. 5. Diese Verordnungen sind von 1579 und wurden 1616 und 1683 revidirt. Die Bestimmungen über das Hypothekenwesen finden sich schon in der ersten Recension.

[16] Gesatz und Ordnung IV. 1. 30. Auch diese Bestimmung findet sich schon in der älteren Recension IV. 1. 22.

[17] Stadtrecht II. 9. 2 und 4 Arnold II. 495. Die Angabe von Gönner, Comment. I. 47 und Einrichtung S. 46 daß in Memmingen ein Hypothekenbuch nach dem Vorbild desjenigen der Stadt Ulm eingerichtet gewesen sei, ist nicht richtig, da die bis zur Vereinigung mit Bayern geltende Gerichtsordnung 1751 XXIX. 37 f. die privilegirten stillschweigenden Hypotheken den eingetragenen vorsetzt. Ebensowenig ist die von Gönner behauptete Ausdehnung der Ulmer Hypothekengesetzgebung auf Lindau begründet, da hier nach Concursordnung 1739 Tit. VIII. das gemeinrechtliche Pfandrecht maaßgebend war. Nur waren nach Conc.O. VII. 2 Pfandrechte auswärtiger Gläubiger von der Genehmigung des Raths abhängig, welche immer nur für bestimmte Jahre ertheilt wurde, und erneuert werden mußte, wenn das Pfandrecht nicht erlöschen sollte. Ueber Öttingen, für welches Gönner gleichfalls die Annahme des Ulmer Hypothekenrechts behauptet, geben die mir zugänglichen gedruckten Quellen keinerlei Aufschluß.

[18] In dem 1650 publicirten Nördlinger Stadtrecht II. 9. 3 Arnold II. 495 ist das Belehnen der Hausbriefe „wie zu Zeiten beschehen" ausdrücklich verboten. In Schweinfurt war eine ähnliche Einrichtung in Uebung Sammlung der vornehmsten Pflichten (1779) Tit. XXVII. § 1 S. 276: „Es wird ... geordnet, daß hinfüro alle und jede Kauf- und Schuldverschreibungen, so auf Einsatzung liegender Güter (darunter auch die Versatzung der Kauf- und Schuldbriefe gemeint) bestehen ... nirgends denn bei unserer Canzlei in unsere Stadtbücher .... verschrieben werden." Da die Rechte von Nördlingen und Schweinfurt in keinerlei Zusammenhang mit denen von Augsburg und Regensburg standen, so scheint diese eigenthümliche Art der Verpfändung doch weiter verbreitet gewesen zu sein.

Augsburg [19], wo dieses Verfahren schon im 15. Jahrhundert als völlig ausgebildet hervortritt, wurde ursprünglich nur der Hausbrief eingehändigt, ein Dekret von 1461 schrieb jedoch vor, daß der Schuldner außerdem eine besondere Schuldverschreibung, Versatzung, auszustellen habe [20], welche in Verbindung mit dem Hausbrief, der Handfeste, eine Spezialhypothek mit Vorrang vor anderen Forderungen begründete [21]. Nach der ursprünglichen Form konnte eine derartige Verpfändung nur für einen Gläubiger geschehen, nach einer späteren Form wurde jedoch die Verpfändung an mehrere Gläubiger zugelassen, welche dann der Reihe nach aus dem Pfandobjekt befriedigt wurden [22]. Dieses ältere Recht wurde durch ein Dekret 17/11 1718 modificirt, in welchem mit Beziehung auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen der Vorzug des Alters und der gesetzlichen Privilegien anderer Pfandrechte für Concursfälle anerkannt wurde [23]. Die gleiche Einrichtung bestand in Regensburg, und wurde hier erst durch die Verordnung 9/5 1813 aufgehoben [24]. Die Hypothekerrichtung durch Uebergabe des Hausbriefs gewährte hier ein Vorrecht vor allen Generalhypotheken und den Spezialhypotheken ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung [25], was sich

---

[19] Vgl. Kapff-Neunhöffer, Analecta juris statutarii Augustani ... de hypothecis et pignoribus Tubingae 1784, Huber, Augsburger Statutarrecht 76 f., Weber IV. 862, und meinen Aufsatz: Die Hausbriefe des Augsburger und Regensburger Rechts Z. f. R.G. X. 354.

[20] Kapff p. 13.

[21] Dekret 16/5 1564 bei Kapff p. 11.

[22] Dekret 24/10 1592 bei Kapff p. 10. Es wurde dieß „Uebertheuerung" genannt, weil die nachfolgenden Gläubiger auf den nach Befriedigung der Forderung des ersten Gläubigers verbleibenden Ueberschuß angewiesen waren. Die Handfeste verblieb aber hier immer dem ersten Gläubiger.

[23] Huber, Statutarrecht 84 hält dadurch das ältere Recht für völlig beseitigt; dagegen nimmt Kapff an, daß zur Begründung von Hypotheken durch Privatdisposition die frühere Form immer noch erforderlich gewesen und durch das Dekret von 1718 nur der unbedingte Vorrang der Handfesten beseitigt worden sei.

[24] R.Bl. 1813 S. 610. Als gesetzliche Bestimmungen sind hier angeführt die Rathsdekrete 5/12 1695, 28/5 1736, 16/12 1738 und 16/11 1747. Nur die Dekrete von 1736 und 1747 sind in der Sammlung Regensburgischer Dekrete Nr. 222 und 240 gedruckt.

[25] Dekr. 16/11 1747. „Daß bloß allein die Besitzer derer neuen Haus- und Kaufbriefe ohne auf die Erstigkeit der Zeit d. i. ohne auf vorhergegangene General- als Spezialhypotheken zu sehen den Vorgang in der 3. Klasse haben..."

jedoch auf den im Besitz des Hausbriefs befindlichen Gläubiger beschränkte [26].

4. Die Landtafel des Fürstenthums Kempten und der Markgrafschaft Burgau. Im Fürstenthum Kempten [27] wurde durch die Gesetzgebung das Institut der Landtafel eingeführt, welches in der Hauptsache der Einrichtung in den österreichischen Kronländern nachgebildet war. Zunächst war durch V. 14/4 1738 [28] die Eintragung sämmtlicher Immobiliarpfandrechte in die Landtafel vorgeschrieben, und diesen der Rang nach der Zeit der Eintragung angewiesen; durch V. 6/4 1768 wurde die Verpfändung der eingetragenen Immobilien mit Ausnahme der Häuser nur bis zu drei Viertheilen des eingeschätzten Werthes zugelassen [29], diese Bestimmung jedoch durch V. 29/4 1774 [30] wieder aufgehoben. Daneben war für die Eintragung von Forderungen gegen Personen die kein Immobiliarvermögen besaßen ein s. g. Todtenbuch oder Nebenlandtafel eingeführt, wobei die Eintragung einen Rangvorzug für die Befriedigung aus dem Mobiliarvermögen gewährte [31].

In der Markgrafschaft Burgau war das Landtafelpatent 1/8 1793 in Geltung [32].

---

[26] Dekr. 18/11 1747: „ein auf die Haus- oder Grundbriefe nur angewiesener bürgerlicher Creditor hingegen keineswegs unmittelbar nach dem Besitzer derselben sondern nach der Zeit und Eigenschaft der Hypotheken lociret wird."

[27] Ueber die Landtafel des Fürstenthums Kempten vgl. Sammlung Kemptischer Verordnungen XXXVIII—XLVIII, Stichaner, über die Landtafel des ehemaligen Reichsstifts Kempten in Gönner über Einrichtung ꝛc. § 13, Weber, Credit- und Schuldenwesen § 14 und Provincialrechte IV. 112 f.

[28] Sammlung S. 35.

[29] Sammlung 35. Der vorbehaltene Werthstheil, welcher die letzte Post bildete, sollte zur Deckung privilegirter Forderungen namentlich Steuern u. s. w. dienen. Nach dem österreichischen Recht, dem diese Bestimmung entnommen ist, war nur der achte Theil des Werthes (Oktava) vorbehalten, hier war jedoch dem Vorbehalt der Vorgang vor den übrigen Eintragungen eingeräumt. Patent 10/7 und 25/9 1789 in K. Jos. Ges. Nr. 1030 und 1053. Dieß war eine allgemeine Verfügung, die auch nach Vorderösterreichischem Recht Anwendung fand Weber IV. 1343 b.

[30] Sammlung S. 42.

[31] Weber IV. 115 a wo die einschlägigen Verordnungen citirt sind.

[32] Weber IV. 1343 a behauptet, es habe hier das Landtafelpatent 22/4 1794 gegolten, das für Böhmen und Mähren erlassen wurde. Dagegen ist in Petzeck, V. Österr. Privatrecht II. 74 a und öfter das Landtafelpatent 1/8 1783 als hier geltend angeführt, was sich schon daraus als das richtige entnehmen

5. Die Lehenconsense des Fürstenthums Bamberg[33]. Nach Bamberger Landrecht hatten die vor dem Gericht der gelegenen Sache ausgestellten und in das Hypothekenbuch eingetragenen Hypotheken an nicht lehenbaren Gütern den Vorrang vor allen anderen mit Ausnahme der gesetzlichen[34]. Dagegen war bei Lehen[35] zur Errichtung von Spezialhypotheken[36] der Consens des Lehensherrn erforderlich, der wenn er auf sechs Jahre[37] und für nicht mehr als den dritten Theil des Werthes ertheilt worden und in besonders dazu eingerichtete Bücher eingetragen war[39] dem Gläubiger im Concurs ein Separationsrecht gewährte[40].

6. Das Hypothekenbuch des Erzbisthums Mainz[41]. Die Hypothekenbücher wurden von den Untergerichten geführt; die hier eingetragenen Hypotheken standen nur bestimmten durch das Landrecht

---

läßt daß dieses für Breisgau also die Vorderösterreichischen Lande erlassen ist, mit denen die Markgrafschaft Burgau politisch vereinigt war. Da die Angaben bei Weber im allgemeinen sehr unzuverläßig sind, so kann seiner nicht weiter bewiesenen Behauptung kein Gewicht beigelegt werden. Ueber das Landtafelpatent von 1783 vgl. Haan, Studien über Landtafelwesen Wien 1866, S. 26 f.

[33] Vgl. Weber, Bambergisches Landrecht I. 163 f., Credit- und Schuldenwesen § 11—13 und Provinzialrechte I. 794 f.

[34] Landrecht S. 361. Weber, Credit S. 44.

[35] Nach Bamberger Recht wurden dazu nicht nur die Ritterlehen und Zinslehen sondern alle handlohnpflichtigen Güter gerechnet Weber, Credit S. 26.

[36] Die Errichtung von Generalhypotheken war an diese Voraussetzung nicht gebunden L.R. S. 352.

[37] Nach Ablauf dieser Zeit mußte der Consens erneuert werden Weber, Credit S. 29. Der Lehensherr konnte den Consens auch auf längere Zeit ertheilen, allein die Forderung hatte dann nicht das Recht der Separation, sondern wurde in der 3. Classe locirt L.R. S. 358 und 380.

[38] L.R. S. 378. Zur Consensertheilung bis zu diesem Betrag war der Lehensherr verpflichtet L.R. S. 359. Bei Consensertheilung über diesen Werthbetrag wurde der Ueberschuß in die dritte Classe locirt L.R. S. 380.

[39] Weber, Credit S. 30.

[40] L.R. S. 379. Mit diesem Institut war ursprünglich ein Executionsrecht des Lehensherrn in Concursfällen verbunden, das 1809 beseitigt wurde Weber, Credit S. 32. Diese Papiere genossen, wie Weber, Credit S. 27 versichert, allgemeines Zutrauen, und waren viel in Umlauf, da sie nicht nur durch das Separationsrecht sondern auch durch die Haftpflicht des Lehensherrn sichergestellt waren.

[41] Vgl. Kurz, Mainzer L.R. 675 f. Das Mainzische Hypothekenwesen war durch L.R. XIX. und V. 15/1 1785 bei Kurz 681 geregelt.

privilegirten gesetzlichen Hypotheken [42] nach, und gingen allen anderen nicht eingetragenen Hypotheken vor. Die Errichtung der Hypothek (Verlegung) setzte eine vorgängige Taxation des Objekts und Bestätigung von Seite des competenten Gerichts voraus; die Befugniß der Verpfändung war vielfach beschränkt [43] und der Schuldner konnte das verpfändete Gut nur mit Einwilligung des Gläubigers veräußern [44].

7. Das Unterpfandsprotokoll der Stadt Schweinfurt. Dieß war in der Hauptsache der Mainzer Gesetzgebung nachgebildet, indem den dort eingetragenen Forderungen der Vorzug vor den nicht eingetragenen mit Ausnahme einzelner statutarisch privilegirter stillschweigender Pfandrechte eingeräumt auch die Begründung von Hypotheken ähnlich wie in dem Mainzer Recht beschränkt wurde. Nur dadurch unterscheidet sich diese Gesetzgebung, daß sie den Vorzug der eingetragenen Hypotheken von fünfjähriger Erneuerung abhängig macht [45].

8. Die Steuerobligationen des Fürstenthums Würzburg. Nach V. 30/10 1648 und 1/8 1704 [46] war die Ausstellung von Hypothekenbriefen den Steuerämtern vorbehalten, welche in dem einzelnen Fall zu constatiren hatten, ob die aufzunehmende Forderung die Hälfte der als Schätzungswerth des Objekts in den Steuerprotokollen angegebenen Summe übersteige, da nur bis zu diesem Betrage Pfandobligationen auszustellen gestattet war. Solche öffentliche Hypotheken hatten ein Vorzugsrecht vor anderen Pfandrechten.

9. Die Preußische Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 war in den Markgrafenthümern Ansbach und Bayreuth durch Patent 19/5 1800 eingeführt [47].

---

[42] Die L.R. XXII. 3 aufgeführten gesetzlichen Hypotheken der Frau, der Bevormundeten, des Darlehens zur Hausreparatur und des Fiskus hatten ohne Eintragung den Vorzug in der II. Classe.

[43] Regelmäßig sollten Güter nur bis zur Hälfte des Werthes verpfändet werden; Güter für welche der Kaufschilling rückständig war oder an welchen Miterben etwas zu fordern hatten, sowie die mit einem Fideicommiß Nießbrauch oder Witthum belasteten Güter konnten gar nicht verpfändet werden Kurz 676.

[44] V. 15/1 1785 Nr. 15.

[45] Sammlung der vornehmsten Pflichten Tit. XXVII. S. 276 f. Diese Einrichtung beruhte auf einem Dekret vom 11. März 1765.

[46] M. S. I. 234 und 538. Eine besondere Hypothekenordnung von 1804 hatte die Grafschaft Castell, deren Bestimmungen bei Arnold II. 289 f. jedoch nur theilweise mitgetheilt sind.

[47] Arnold I. 12.

Diese partikulären Rechtsbildungen sind durch die neuere Gesetzgebung insgesammt aufgehoben und durch ein den Principien des neueren deutschen Hypothekenrechts entsprechendes Rechtsinstitut ersetzt, welches in ganz Bayern mit Ausnahme der Pfalz [48] Anwendung findet. Mit Beseitigung des gemeinen Rechts sowohl als aller für die einzelnen Landestheile geltender gesetzlicher Bestimmungen wurde in dem Hypothekengesetz und der Prioritätsordnung vom 1. Juni 1822 [49] eine vollständige Umgestaltung des Pfandrechts angebahnt, indem unter Aufhebung aller generellen und gesetzlichen Pfandrechte für Immobilien die Eintragung in das Hypothekenbuch als ausschließlicher Entstehungsgrund der Hypothek angenommen und zugleich die Errichtung von Hypotheken nur bei Immobilien zugelassen wurde. Durch das Einführungsgesetz vom 1. Juni 1822 sind diese Gesetze vom 1. Juni 1825, in dem Rechtsgebiet der Kemptner Landtafel und der Bamberger Lehensconsense vom 1. Januar 1827 an als geltend eingeführt [50]. Als Ergänzung dienen die Instruktion über Vollziehung des Hypothekengesetzes 13/5 1823, das Gesetz 7/7 1856 über Abänderung des § 19 der Prioritätsordnung, und zur Erläuterung zahlreiche Ministerialreskripte [51].

Das bayrische Hypothekenrecht beruht auf den durch die preußische Hypothekenordnung 20/12 1783 zuerst aufgestellten Grundsätzen der Publicität und Specialität, hat jedoch wie diese die Grundlage des älteren Rechts, die accessorische Natur des Pfandrechts, beibehalten [52],

---

[48] In der Pfalz gilt das französische Hypothekenrecht mit wenigen auf neueren bayrischen Gesetzen beruhenden Abänderungen. Ueber die Geltung des Hypothekengesetzes in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts und die Ausschließung der abweichenden Vorschriften des letzteren vgl. unten § 185, 4.

[49] Ueber die auf die Erlassung dieser Gesetze bezüglichen Verhandlungen vgl. Gönner, Vorträge über Gesetzgebungsgegenstände 1820 S. 77 f. und Commentar I. 46 f., dann Verhandlungen der K. d. A. 1819 I. 101, V. 339 f., XIII. 317 f.; 1822 Verh. III. IV. X. 354, XI. 65 und 157, Beil. B. II. 103 f.

[50] Einf.Ges. 1/6 22 § 1.

[51] Eine officielle Zusammenstellung namentlich der älteren wäre dringend wünschenswerth, da die Sammlung von Schlichting Erlangen 1841 nur Reskripte der Appellationsgerichte und Kreisregierungen giebt. Die neueren Ministerialerlasse sind in der seit 1854 herausgegebenen Z. f. G.G. und R.Pfl. und später in dem Justizministerialblatt mitgetheilt. Die Literatur des bayrischen Hypothekenrechts s. oben § 7 S. 97.

[52] Vgl. unten § 184, 2.

so daß die in neuerer Zeit von manchen aufgestellte Ansicht [53] die Hypothek sei als ein selbstständiges dingliches Recht (Realobligation) aufzufassen nach Bayrischem Recht keine Berücksichtigung finden kann [54].

Das bayrische Recht hat den Grundsatz der Publicität nicht in demselben Umfang durchgeführt wie vor ihm das preußische Recht und die nachfolgenden Hypothekengesetze von Württemberg Sachsen und Hessen, indem es nicht einmal für die Verpfändung von Immobilien die Eintragung in das Hypothekenbuch als ausschließliche Form vorschreibt, vielweniger die Entstehung anderer dinglicher Belastungen wie Reallasten und Servituten davon abhängig macht. Es ist anzunehmen, daß in Bayern Immobilien durch Uebergabe zu Faustpfand verpfändet werden können [55], insoferne nicht nach dem örtlichen Recht eine Ausnahme gemacht ist [56], und daß für eine solche Verpfändung eine Eintragung in das Hypothekenbuch weder erforderlich noch zuläßig ist [57]. Dieß ist für das richtige Verständniß unserer Hypothekenverfassung von Wichtigkeit, wenn auch zugegeben werden muß, daß bei dem den Hypotheken gewährten unbedingten Vorzug der Faustverpfändung von Immobilien im Leben wenig Bedeutung zukommt.

---

[53] s. darüber Förster, P. P.R. § 190, 19 f.

[54] Auch Entwurf III. 366 f. hat die gemeinrechtliche Grundlage beibehalten.

[55] Ausdrücklich anerkannt ist dieß Prior.O. § 21. 1, wo die Inhaber von Faust- und Nutzungspfändern in der dritten Classe locirt werden. Unter den ersteren sind nicht wie dieß dem Sprachgebrauch des gewöhnlichen Lebens entspricht nur Mobiliarpfänder zu verstehen unten § 197, 1.

[56] Nach Preußischem Recht kann eine Verpfändung durch Uebergabe (zu eigentlichem Pfand) bei Immobilien nur mittelst Eintragung in das Hypothekenbuch geschehen unten § 197, 2. Da nun in Bayern eine solche Eintragung nicht zuläßig ist, so kann hier im Gebiet des Preußischen Landrechts kein pignus an einem Immobile bestellt werden.

[57] Hyp.G. § 10 macht die Entstehung einer Hypothek von der Eintragung abhängig, spricht aber nicht wie Württembergisches Pf.G. Art. 2 und 245 Sächsisches B.G.B. Art. 387 Darmstädtisches Pf.G. Art. 6 und 169 und Entwurf III. 365 aus, daß Immobilien nur durch Bestellung einer Hypothek verpfändet werden können. In den bayrischen Hypothekenbüchern ist der Eintragung eines pignus an einem Immobile keine Stelle eingeräumt.

Titel 1.

Das Hypothekenrecht.

I. Die Hypothekengerichtsbarkeit.

§ 182.

1. Competenz des Hypothekenamtes.

Nach älterem Recht war die Gerichtsbarkeit in Hypothekensachen den Appellationsgerichten über die Güter der Standesherrn und erblichen Reichsräthe und die Familienfideicommisse, den Kreisgerichten über die Güter mit gutsherrlicher Gerichtsbarkeit, im übrigen den Stadt- Land- und Herrschaftsgerichten dann den Patrimonialgerichten I. und II. Classe in ihren Gerichtssprengeln übertragen [1]. Mit Aufhebung der gutsherrlichen Gerichtsbarkeit [2] hörte die Competenz der Herrschafts- und Patrimonialgerichte sowie der Kreisgerichte von selbst auf, und ging auf die für die betreffenden Objekte competenten Untergerichte über [3]. In Folge des Organisationsgesetzes vom 1. Juli 1856 wurden die Hypothekensachen den bei den Bezirksgerichten und Landgerichten aufgestellten Einzelnrichtern [4] und durch das Gerichtsverfassungsgesetz vom 10. November 1861 [5] den Stadt- und Landgerichten übertragen, die nun, da zugleich der privilegirte Gerichtsstand in Civilsachen aufgehoben ist [6], als die regelmäßig competenten Hypothekenbehörden erscheinen [7]. Als vorgesetzte Amtsbehörden der Stadt-

---

[1] H.G. § 87—90. Lehner, H. A. O. § 7—10. Gönner, Comment. II. 14.

[2] Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 1.

[3] J. M. E. 29/10 48. A. E. 20/11 48 Bl. XIV. 171.

[4] Organis.Ges. 1/7 56 Art. 18.

[5] G. V.G. Art. 18.

[6] G. V.G. Art. 76. Eine Ausnahme ist begründet für die Mitglieder der königlichen Familie, für welche der privilegirte Gerichtsstand in Real- und gemischten Klagsachen vor den Appellationsgerichten erhalten ist oben § 29, 12, weßhalb auch diesen die Hypothekengerichtsbarkeit über die im Kreise gelegenen Güter der Mitglieder der königlichen Familie zusteht Pözl, Verw.R. § 63, 8.

[7] Auf Fideicommisse erstreckt sich dieß nicht, da für diese besondere Matrikeln bei den Appellationsgerichten geführt werden Pözl, Verw.R. § 63, 9. G. V.G. Art. 18 ist die gesonderte Stellung der Fideicommisse nach den Bestimmungen des Fid.Edikts ausdrücklich vorbehalten. Das gleiche gilt nach Pl.B. 23/10 65 für die standesherrlichen Familienfideicommisse; s. Bl. XXXI. 1.

und Landgerichte haben die Bezirksgerichte die Oberaufsicht über die Hypothekenämter [8] und zwar concurrirend mit der den Staatsanwälten bei den Collegialgerichten übertragenen Ueberwachung [9]. Gegen Verfügungen des Hypothekenamts ist das Recht der Beschwerde bei dem vorgesetzten Obergericht [10] nicht aber eine Beschwerde bei einer dritten Instanz [11] gegeben.

Die Hypothekengerichtsbarkeit ist ein Theil der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und es steht daher den Hypothekenämtern eine richterliche Entscheidung nicht zu, vielmehr sind alle Gegenstände, welche einer solchen bedürfen, auf den Rechtsweg zu verweisen [12]. Den Mittelpunkt der hypothekenamtlichen Thätigkeit bildet die Buchführung [13], sie wird daher im einzelnen Fall durch Anlegung eines Foliums für das betreffende Objekt begründet, und ist mit dieser gegeben [14]. Das Hypothekenamt handelt in der Regel auf Antrag der Betheiligten [15], und zwar sowohl

---

[8] G. V.G. Art. 29.

[9] G. V.G. Art. 63. V. 20/2 1863 § 11—15 R.Bl. 121.

[10] H.G. § 94. „Wer durch eine Handlung desselben beschwert zu sein glaubt, kann sich mit der Beschwerde an das vorgesetzte Obergericht wenden, welches darüber nach abgesondertem und längstens innerhalb acht Tagen zu erstattendem Berichte des Hypothekenamts ohne Verzug zu erkennen hat." Das vorgesetzte Obergericht der Stadt- und Landgerichte ist das Bezirksgericht, das der Appellationsgerichte das O.A.Gericht.

[11] Erk. 44 Bl. XIII. 317; 9/7 61 Bl. XXVII. 80.

[12] Hyp.Ges. § 92. „Das Hypothekenamt ist auf die Hypotheken und die damit nach Inhalt gegenwärtigen Gesetzes verbundenen Gegenstände, so weit sie als nichtstreitiges Rechtsgeschäft zu betrachten sind, beschränkt. Es kann daher zur Hebung der Anstände oder Widersprüche unter den Betheiligten eine gütliche Vereinigung versuchen; sobald aber der Gegenstand in eine Rechtsstreitigkeit übergeht, oder einer richterlichen Entscheidung bedarf, hat das Hypothekenamt dem Verlangen des Betheiligten nach Umständen durch eine Vormerkung im Hypothekenbuche zu entsprechen, übrigens die Partheien zum Rechtswege zu verweisen." Vgl. H.G. § 112, Lehner, H. A. O. § 5 Nr. 3.

[13] Ueber die Buchführung vgl. unten § 183.

[14] Die Eröffnung eines Foliums ist nach bayrischem Recht fakultativ insoferne nicht durch dritte Rechte angemeldet werden die nur durch Eintragung sicher gestellt werden können vgl. unten § 185, 9. Die dadurch begründete Competenz wird nur theilweise suspendirt durch Sperrung des Foliums, die sich nur auf weitere Belastung erstreckt nicht aber andere damit in Verbindung stehende Einträge z. B. Cession eines Hypothekkapitals hindert s. Z. f. Not. III. 381.

[15] H.G. § 96. „Das Hypothekenamt handelt in Hypothekensachen nicht

des Gläubigers und Schuldners als dritter Personen, welche die Befugniß dazu nachweisen [16], oder auf Requisition eines competenten Gerichts [17]; ausnahmsweise hat es in den durch das Gesetz bestimmten Fällen [18] von Amtswegen zu verfahren. Der Antrag der Betheiligten kann mündlich oder schriftlich gestellt werden [19], und wird, wenn er nicht sofort abzuweisen ist [20], oder wenn ihm nicht sofort entsprochen werden kann [21], von dem Hypothekenamt instruirt. Jeder Antrag, welcher die Erwerbung eines Rechtes erwirken soll, setzt die Vernehmung desjenigen gegen welchen das Recht erworben werden soll voraus [22]. Auf Grund der gepflogenen Verhandlungen trifft das Hypothekenamt seine Verfügung, indem es dem Antrag statt giebt, oder die

---

unaufgefordert, sondern nur, wenn es dazu von einem Gerichte oder Betheiligten veranlaßt wird."

[16] H.G. § 104 Nr. 1—5 vgl. unten § 190, 12 f.

[17] H.G. § 96. Das Gericht kann als Prozeß- oder Concursgericht handeln H.G. § 118, § 136, 4, § 156, Erk. 10/12 29 Bl. XIV. 267; oder als Obervormundschaftsbehörde H.G. § 20, § 104, 4, A. E. 31/12 42 Bl. VIII. 239.

[18] H.G. § 97. „Auch hat das Hypothekenamt, wenn demselben Veränderungen an den eingetragenen Gegenständen, z. B. durch Todesfälle, Erbtheilung, Verträge u. d. gl. amtlich bekannt werden, jene Einleitungen zu treffen, welche zu den dadurch begründeten Löschungen oder Einträgen der Cessionen nothwendig sind." § 99. „Ueberdieß muß das Hypothekenamt ... 2, wenn bei Veränderung des Besitzers aus den darüber vorgelegten Urkunden erhellt, daß der Uebergebende sich das Eigenthum oder eine Hypothek für den Kaufschilling oder für seine Person Alimente vorbehalten habe, oder statt des Kaufschillings bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen von dem Uebernehmer bedungen worden, darüber sogleich bei Eintragung des neuen Besitztitels die zu Sicherung dieser Rechte durch § 139 vorgeschriebenen Einträge, auch ohne ausdrückliches Verlangen des Betheiligten vornehmen." § 131: „Die Hypothekenämter sind verbunden.... die Lehens- und Grundbarkeitseigenschaft, sobald sie davon Kenntniß haben von Amtswegen einzutragen." Einführungsgesetz § 7. „Das Hypothekenamt soll solche Reallasten, besonders die bei dem Verkauf bedungenen Bodenzinse, sobald sie ihm bei Nachweisung des Besitztitels oder auf andere Weise aktenmäßig bekannt werden, von Amtswegen in das Hypothekenbuch eintragen." Vgl. Lehner, H. A. O. § 19.

[19] H.G. § 101.

[20] Hyp.G. § 105. „Das Hypothekenamt muß jedes bei demselben angebrachte Gesuch sorgfältig prüfen, ganz unstatthafte Gesuche sogleich abweisen, bei entdeckten Mängeln, die noch gehoben werden können, dem Anmeldenden eröffnen, was er noch beizubringen habe."

[21] H.G. § 107 und 108 vgl. unten § 190, 41 und 42.

[22] H.G. § 109—111.

Partheien auf den Rechtsweg verweist [23]. Der Antrag kann sich auf eine Eintragung oder eine Löschung beziehen.

Eintragung ist die Einschreibung in das Hypothekenbuch, durch welche bestimmte auf das Hypothekenwesen bezügliche Rechte geschaffen werden, da in Folge des Princips der Publicität der Inhalt des Hypothekenbuchs für alle, welche in gutem Glauben diesem gemäß gehandelt haben, für die mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehenden Verhältnisse entscheidend ist [24]. Die Eintragung kann sich beziehen auf das Hypothekenobjekt, nämlich seine Bestandtheile, Pertinenzen und dauernden Belastungen [25], auf die Dispositionsbefugniß und ihre Beschränkungen [26], und auf die Hypotheken und die daran sich ergebenden Veränderungen [27]. Löschung ist die Einschreibung einer Thatsache, durch welche eine Eintragung in das Hypothekenbuch ihre Wirksamkeit verliert. Sie erfolgt entweder direkt durch Einschreibung des Erlöschens, oder indirekt durch Einschreibung einer Thatsache, mit deren Begründung das Aufhören des bisherigen Eintrags gegeben ist, z. B. Uebergang des Hypothekenobjekts auf einen neuen Besitzer, durch deren Eintragung die Löschung des Rechts des bisherigen Besitzers von selbst gegeben ist [28].

Die Prüfung der Gültigkeit des Rechtsgeschäftes, welches zur Einschreibung einer Eintragung oder Löschung Veranlassung giebt, liegt der Hypothekenbehörde nur insoweit ob, als hiezu die Daten und Notizen im Hypothekenbuch selbst sich eingetragen finden [29]. Die von

---

[23] H.G. § 112.

[24] H.G. § 25 unten 185, 9 f.

[25] Es sind dieß die Einschreibungen in der I. Rubrik, unten § 183. I, welche bezüglich des Umfangs und der Belastung des Objekts für gutgläubige Gläubiger entscheidend sind unten § 185, 14.

[26] Es sind dieß die Einschreibungen in die II. Rubrik, unten § 183. II., welche für Begründung und Umfang der Dispositionsbefugniß des eingetragenen Eigenthümers gutgläubigen Dritten gegenüber entscheiden unten § 185, 15 f.

[27] Es sind dieß die Einschreibungen in die III. Rubrik unten § 183. III.

[28] Lehner, H. A.O. § 188. Gönner, Comm. I. 582.

[29] H.G. § 96: Die Prüfung der Giltigkeit und Richtigkeit eines einzutragenden Rechtsgeschäftes liegt demselben unter eigener Haftung nur insoweit ob, als hiezu die Daten und Notizen in dem Hypothekenbuche selbst sich eingetragen finden, wohin besonders nach Maßgabe der an jedem Orte geltenden Gesetze und Gewohnheiten die Einwilligung der Lehen- oder Grundherrn, dann der in Gütergemeinschaft stehenden Eheleute, bei einer auf Privatwillen beruhenden Hypothek auf lehen- oder grundbare oder in der ehelichen Gütergemein-

dem Hypothekenamt zu prüfenden Momente sind namentlich: Identität der Person, Legitimation der Bevollmächtigten, Dispositionsbefugniß derjenigen, welche eine Verbindlichkeit übernehmen, Beistimmung derjenigen, welche nach den vorliegenden Einträgen ein Recht dazu haben, die Form der einzutragenden Handlung [30]. Liegt die Uebereinstimmung vor, so hat das Hypothekenamt nicht das Recht, den Antrag zurückzuweisen, sondern es ist ihm nur die Befugniß eingeräumt die Betheiligten auf den vermutheten Mangel aufmerksam zu machen, ohne daß die Unterlassung dieser Thätigkeit eine Nichtigkeit bewirkte [31].

Zur Vorbereitung der Eintragung oder Löschung dient die Protestation. Diese ist die Einschreibung, durch welche ein mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehendes Recht verwahrt werden soll [32]. Wie die Eintragung kann sie sich auf alle mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehende Rechtsverhältnisse beziehen, und demnach in jeder der drei Rubriken vorkommen. Die Protestation wird Vormerkung genannt, wenn dem Antrag auf Eintragung eines selbstständigen Rechts vorläufig noch nicht stattgegeben werden kann, weil eine nicht wesentliche Formalität noch nicht erfüllt ist [33], Verwahrung, wenn sie ledig-

---

schaft begriffene Güter überhaupt die Berücksichtigung alles desjenigen gehört, was über die Rechtsverhältnisse eines Gutes oder des zeitigen Besitzers in dem Hypothekenbuche bemerkt ist.

[30] Gönner, Comment. II. 34.

[31] H.G. § 97. „Das Hypothekenamt soll jedoch zur Giltigkeit der einzutragenden Rechtsgeschäfte theils durch Erinnerung der Betheiligten, theils durch Vorladung derjenigen, deren Einwilligung zur Giltigkeit des Rechtsgeschäftes nothwendig scheint, und zur Erhaltung der Rechte eines Betheiligten mitzuwirken suchen; auch hat das Hypothekenamt, wenn demselben Veränderungen an den eingetragenen Gegenständen, z. B. durch Todesfälle, Erbtheilung, Verträge u. d. gl. amtlich bekannt werden, jene Einleitungen zu treffen, welche zu den dadurch begründeten Löschungen oder Einträgen der Cessionen nothwendig sind."

[32] H.G. § 27. „Diese Nachtheile (der Publicität) kann der Betheiligte dadurch abwenden, daß er, falls der Gegenstand sich nicht sogleich zur wirklichen Eintragung eignet, seine Rechte bei dem Hypothekenamt verwahrt, und die Vormerkung seiner Verwahrung im Hypothekenbuche bewirkt." Ueber Protestationen vgl. Heyne, Erörterungen S. 48—81. Bl. 1. 223, 359, 579; XVII. 97, 215. Zu Rhein Beiträge II. 293.

[33] H.G. § 30, 106 und 110. Zu enge fassen das Verhältniß Lehner H.A.O. § 30, 2 und Heyne, Erörterungen S. 52, indem sie Vormerkung im engern Sinn nur für Begründung und Verpfändung von Hypotheken annehmen, während sie doch ebenso der Eintragung einer Reallast, Servitut, Dispositionsbeschränkung u. s. w. vorangehen kann s. Gönner, Comment. I. 304.

lich gegen die Wirkungen der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs gerichtet ist, und den Zweck hat, denjenigen, dessen Recht in das Hypothekenbuch eingetragen ist, durch die Verwahrung an der Ausübung desselben zu hindern [34]. Das Hypothekengesetz hat formell beide Ausdrücke unterschieden [35]; in Wirklichkeit ist jedoch zwischen beiden kein anderer Unterschied als daß bei der ersteren die spätere Vornahme einer Eintragung bei der letzteren die einer Löschung oder Beschränkung eines Eintrags zu Gunsten des Antragstellers gedacht ist [36]. Die Einschreibung der Protestation erfolgt auf einseitigen Antrag des Gesuchstellers [37], setzt jedoch immer Bescheinigung der Thatsache voraus, auf welche sie sich gründet [38]. Die Protestation hat die Wirkung, daß von ihrer Eintragung an nichts zum Nachtheil des Rechts geschehen kann dessen Sicherung durch ihre Einschreibung bezweckt wird [39]. Wird daher die Vormerkung in Eintragung verwandelt, so wirkt die letztere so, als sei sie zur Zeit der Vormerkung geschehen, sowie die Verwahrung die Löschung oder Beschränkung des Eintrags, gegen welchen sie gerichtet ist, sicher stellt. Protestationen wirken so lange, bis sie wieder

---

[34] Gönner, Comment. I. 299.

[35] Vgl. z. B. H.G. § 108 und § 114, wo Protestation und Vormerkung neben einander gestellt sind. Gönner, Comment. I. 300 bezeichnet ganz zweifellos die Vormerkung als eine Species der Protestation, und dasselbe findet sich bei Lehner H.A.O. § 30. Die oben erwähnten Stellen des Gesetzes mögen aber Veranlassung gewesen sein, Protestation und Vormerkung als verschiedene Institute aufzufassen. Der Sprachgebrauch Gönners ist der des Preußischen Rechts.

[36] Dieß ist ausgesprochen Entwurf III. 84: „Bezweckt die Verwahrung dem Betheiligten die Vortheile zu sichern, welche mit der sofortigen Eintragung des Rechts in das Buch verbunden wären, so wird sie durch Einschreibung einer Vormerkung bewirkt. Soll durch die Verwahrung ein im Buch eingeschriebenes Recht entkräftet oder beschränkt werden, so erfolgt sie durch Einschreibung einer Protestation.“ Diese Unterscheidung macht schon Gönner, Commentar I. 300, nur bezeichnet er umgekehrt die Vormerkung und Verwahrung als Unterarten der Protestation.

[37] H.G. § 108: „Bloße Protestationen oder Vormerkungen sind auf Verlangen desjenigen, welcher dadurch sein Recht auf allen Fall gegen Schaden sicher stellen will, auch ohne Beisein oder Einwilligung des andern Theils in das Hypothekenbuch einzuschreiben. Von einer jeden solchen Einschreibung ist dem Besitzer der Sache sofort Nachricht zu ertheilen.“

[38] Gönner, Comment. I. 310 Nr. 3. Lehner, H.A.O. § 32 Nr. 6 und § 211. A.E. 11/1 1839 Bl. V. 408, 4. Erk. 7/1 53 Bl. XVIII. 383.

[39] H.G. § 28.

gelöscht werden [40]. Für Vormerkungen ist durch das Hypothekengesetz ein besonderes Verfahren vorgeschrieben, das sich verschieden gestaltet, jenachdem sie in Folge des Antrags auf Eintragung vollzogen worden oder selbstständig beantragt ist. In dem ersteren Fall wird mit der Vormerkung der Besitzer des Objekts zur Erklärung binnen einer peremtorischen Frist aufgefordert, deren Bestimmung sich nach den Verhältnissen verschieden gestaltet [41], und die Eintragung vollzogen, wenn der Besitzer zustimmt oder innerhalb der peremtorischen Frist keine Erklärung abgiebt [42], außerdem werden die Betheiligten auf den Rechtsweg verwiesen [43]. In dem letzteren Fall wird der Besitzer des Hypothekenobjekts von der Einschreibung der Vormerkung oder Protestation

---

[40] H.G. § 29.

[41] H.G. § 110: Gründet sich das Gesuch auf eine gerichtliche Urkunde oder auf ein vor Gericht anerkanntes Testament oder auf ein rechtskräftiges Urtheil, und sind hierüber die Dokumente in Urschrift oder in einer gerichtlich beglaubigten Abschrift vorgelegt worden, oder wird die Eintragung von einem Gerichte angesonnen, oder die Eintragung der wegen einer Verwaltung oder einer Curatel im Gesetze gegründeten Hypotheken von der vorgesetzten Behörde, oder wird endlich die Eintragung der gesetzlichen Hypotheken für Rückstände an jährlichen Zinsen von Hypothekkapitalien verlangt, so ist das Gesuch dem Besitzer der zu verhypothecirenden Sache mit Anberaumung eines Termins von acht Tagen zu seiner etwaigen Erinnerung mitzutheilen; außer diesen Fällen aber, und wenn das Gesuch an sich zu einem Eintrage in das Hypothekenbuch geeigenschaftet ist, derselbe vom Hypothekenamte unter Anberaumung eines Termins, der jedoch nie dreißig Tage übersteigen darf, zu seiner Vernehmung über die nachgesuchte Eintragung vorzuladen.

[42] H.G. § 111. „Läßt der Vorgeladene die im § 110 vorgeschriebenen Termine ohne Protestation und ohne Erklärung verstreichen, so geht auf weiteres Ansuchen des Betheiligten die Vormerkung in eine förmliche Eintragung über, es wird davon das Geeignete im Hypothekenbuche bemerkt, und zu den hiernach angemessenen Ausfertigungen geschritten," H.G. § 112 unten Note 43.

[43] H.G. § 112. „Wenn der Vorgeladene in den gesagten Fällen binnen dem anberaumten Termine seine Zustimmung zu der nachgesuchten Eintragung erklärt, so hat das Hypothekenamt solche ohne weiteres vorzunehmen; wenn aber derselbe einen Widerspruch wider das Eintragungsgesuch erhebt, so hat das Hypothekenamt zuvörderst eine gütliche Ausgleichung unter den Betheiligten zu versuchen, in deren Ermanglung sind die Partheien zu dem Rechtswege zu verweisen." Die Behauptung von Lehner, H.A.O. § 218 Note, daß die Vorschrift des H.G. § 113 auch auf diesen Fall Anwendung finde, entbehrt der Begründung, da das Gesetz selbst ein anderes Verfahren vorschreibt vgl. Gönner, Comment. II. 101.

benachrichtigt [44], und es steht ihm sowie jedem nachfolgenden Hypothekgläubiger das Recht zu, den Antragsteller zur Geltendmachung seiner Rechte zu provociren [45]. Dieß ist jedoch nicht anwendbar in den Fällen, wo die Verwandlung der Vormerkung oder Protestation in einen peremtorischen Zustand nicht ausschließlich von dem Willen und der Thätigkeit des Antragstellers abhängt [46].

Die Verhandlungen für diese Einschreibungen werden in gesonderten Hypothekenprotokollen geführt, weßhalb für jeden Band des Hypothekenbuchs ein besonderer Protokollband angelegt wird, in welchem die Verhandlungen in chronologischer Reihenfolge eingetragen werden [47]; die dazu gehörigen Urkunden werden in besonderen Beilagebänden gesammelt [48]; auf ausdrückliches Verlangen des Eigenthümers können für größere Gutscomplexe auch besondere Specialakten angelegt werden [49], was für die von den Appellationsgerichten geführten Hypothekenbücher allgemein vorgeschrieben ist [50]. Ueber Eintragungen und Vormerkungen im Hypothekenbuch wird ein Recognitionsschein und, wenn für eine Schuld eine Hypothek bestellt wurde, ein Hypothekenbrief auf Verlangen ausgestellt [51], und ebenso können die Betheiligten Auszüge aus dem Hypothekenbuch verlangen [52]. Das Hypothekenamt genießt für die inner-

---

[44] H.G. § 108.

[45] H.G. § 113: Wegen einer geschehenen Vormerkung kann nicht nur der Besitzer der hypothecirten Sache sondern auch jeder nachfolgende Hypothekgläubiger verlangen, daß derjenige, welcher die Vormerkung bewirkt hat, vom Hypothekenamte zur Berichtigung des Mangelnden innerhalb eines Termins von dreißig Tagen unter dem Rechtsantheil angewiesen werde, daß nach dessen Ablauf die Vormerkung gelöscht werden solle. Wird der Mangel innerhalb dieses Termins nicht gehoben, so ist auf weiteres Anrufen des Betheiligten die Vormerkung im Hypothekenbuche zu löschen, es wäre dann, daß der Vorgeladene eine gesetzliche Verhinderungsursache nachweisen könnte.

[46] Gönner, Comment. II. 102 Nr. 4; a. M. Lehner, H.A.O. § 218 und ein Aufsatz Bl. XVII. 99. Die letztere Ansicht entbehrt indessen der Begründung s. Graf, Comment. III. 115.

[47] Instruktion § 7. Lehner, H.A.O. § 238 f.

[48] Instruktion § 10. Lehner, H.A.O. § 241. 242.

[49] H.G. § 130 Nr. 4. Instruktion § 11. Nr. 3. Lehner, H.A.O. § 243.

[50] Instruktion § 11. Nr. 1.

[51] H.G. § 115. Lehner, H.A.O. § 224 f.

[52] H.G. § 116. „Auszüge aus dem Hypothekenbuch sind dem Besitzer des Grundstückes, dem Lehen- oder Grundherrn, jedem, dem darauf ein Realrecht zusteht, jedem mit einer Hypothek eingetragenen oder vorgemerkten Gläubiger,

halb seiner Competenz vorgenommenen Amtshandlungen öffentlichen Glauben, und seine Urkunden und Ausfertigungen haben die Kraft gerichtlicher Dokumente [53]. Der Hypothekenbeamte ist den Betheiligten regreßpflichtig [54], wenn er die Eintragung der zur Aufnahme in das Hypothekenbuch angemeldeten und dazu geeigneten oder von Amtswegen zu vollziehenden Einschreibungen unterläßt [55], wenn er Einschreibungen vornimmt, bei welchen die aus den Vorträgen des Hypothekenfoliums sich ergebenden Voraussetzungen nicht berücksichtigt sind [56], und wenn die aus dem Hypothekenbuch gefertigten Auszüge sowie die nach demselben vollzogenen Ausfertigungen mit dem Vortrag in dem Hypothekenbuch nicht übereinstimmen [57], dagegen nicht wegen Unterlassung derjenigen Handlungen, bei welchen jeder Betheiligte für Erhaltung seiner Rechte selbst zu sorgen hat, und wegen Unterlassung der dem Hypothekenamt vorgeschriebenen Mitwirkung zur Giltigkeit der einzutragenden Rechtsgeschäfte durch Erinnerung und Benachrichtigung der Betheiligten [58]. Soweit der Hypothekenbeamte nicht zahlungsfähig ist haftet subsidiär der Fiskus [59].

§ 183.

2. Die Buchführung [1].

Das Hypothekenbuch bildet für jeden Amtsbezirk in der Art eine Einheit, daß sämmtliche darin belegene zur Eintragung geeignete Ob-

jedem Cedenten und Cessionar derselben, desgleichen jedem Gerichte vom Hypothekenamte mit beigefügter Beglaubigung zu geben. Verlangt ein Dritter einen Auszug, so muß hierüber der Besitzer der Sache vorher vernommen werden." Lehner, H.A.O. § 232.

[53] H.G. § 93.

[54] Erk. 27/17 57 Bl. XXII. 363 ist ausgesprochen, daß die Haftung des Hypothekenbeamten die Natur eines Regreßanspruchs habe, wie sich dieß auch aus H.G. § 100 ergiebt. Ueber die Haftung der Hypothekenbeamten vgl. Lehner in Zu Rhein, Beiträge I. 56 f.

[55] H.G. § 98 Nr. 1. H.G. § 99 Nr. 2. Erk. 25/1 69 Bl. XXXIV. 198.

[56] H.G. § 96, § 98 Nr. 2. Erk. 25/1 69 J. M. Bl. 1869, 151.

[57] H.G. § 98 Nr. 3.

[58] H.G. § 100.

[59] Gönner, Comment. II. 44. Lehner, H.A.O. § 25. Erk. 7/4 58 Bl. XXIII. 174; vgl. oben § 35, 42.

[1] Die nachfolgende Darstellung giebt nur die für die Buchführung geltenden Rechtssätze; über das Technische ist zu vergleichen Lehner, Lehrbuch der H.A.Ordnung Sulzbach 1840.

jekte [2] nur hier vorgetragen werden können. Es erstreckt sich dieß auch auf die unbeweglichen Pertinenzen eines in einem anderen Amtsbezirk gelegenen Hauptgutes, welche nur in dem Hypothekenbuch des Amtsbezirks, in dem sie gelegen sind, besonders aufgeführt werden [3]. Bei der Anlegung des Hypothekenbuchs werden innerhalb des Bezirks entsprechende örtliche Abtheilungen gemacht, auf dem Land nach Gemeinden, Steuerdistrikten, Dörfern oder Flurmarkungen, in den Städten nach Stadtvierteln und Vorstädten [4]. Innerhalb dieser kleineren Abtheilungen erfolgt die Anlegung nach Objekten in einer den Verhältnissen entsprechenden Reihenfolge z. B. in den Städten nach Straßen, in diesen nach Nummern. Jede örtliche Abtheilung erhält so viele Bände als nach dem Ermessen des Gerichts erforderlich sind; jeder Band erhält ein besonderes Titelblatt [5] und ein doppeltes nach Gütern und Besitzern alphabetisch geordnetes Register [6]. In jedem Band erhält jedes nach der Eintheilung dahin gehörende selbstständige Hypothekenobjekt eine besondere mit einer Nummer versehene Abtheilung (Folium) [7]; die Anlegung eines Foliums ist indessen nach bayrischem Recht fakultativ, sie erfolgt nur auf besondere Veranlassung [8], als welche der Antrag des Eigenthümers oder die Anmeldung von Rechten, die nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch sicher gestellt werden können, nämlich einer Forderung oder einer die Bestellung von Hypotheken hindernden Dispositionsbeschränkung anzusehen ist [9]. Jedes Folium hat zur Vornahme der Einträge drei auf einander folgende durch Querlinien abgetheilte Rubriken, von denen die erste nur mit

---

[2] Es erstreckt sich dieß auch auf nutzbare Rechte insoferne sie der Gegenstand selbstständiger Hypothekbestellung sein können; für verpfändbare Gewerbsrechte können besondere Bücher angelegt werden Lehner, H.A.O. § 39, a.

[3] Vgl. unten § 187, 22 und 27.

[4] Instruktion § 5.

[5] Instruktion § 6.

[6] H.G. § 128. Ueber die Einrichtung der Sachregister s. Lotz, Bl. XIV. 33.

[7] H.G. § 120.

[8] H.G. § 120. Einf.Ges. § 3.

[9] Novelle 10/2 24 § IV. 1 bei Jungermann Hdb. 94. Nr. 3. Dagegen ist die Anmeldung des Lehenverbandes und einer Reallast keine Veranlassung zur Anlegung eines Foliums, weil diese, wenn noch kein Folium besteht, durch die Anmeldung hinreichend gesichert sind Instruktion § 12. I. 2. Der Antrag des Eigenthümers ist für sich ein genügender Grund der Eröffnung eines Foliums A. E. 14/2 60 Z.A.B. III. 188.

der Nummer des Foliums bezeichnet wird, während die zweite die Ueberschrift: „Besitzer, Besitztitel und Beschränkungen", die dritte die Ueberschrift: „Hypotheken deren Cessionen und Löschungen" trägt [10]. Jede Rubrik hat drei parallellaufende Columnen, deren erste für die fortlaufende Nummer, die zweite für den Eintrag, die dritte für Anmerkungen bestimmt ist.

I. Erste Rubrik. Diese dient zur Einschreibung der Sache worauf Hypotheken eingetragen werden können nebst den darauf haftenden besondern Reallasten. Es kommen daher hier zum Vortrag:

1. Der Name der Sache mit ihrer näheren Bezeichnung und allgemeinen Aufführung der einzelnen Bestandtheile. Nach Vollendung des allgemeinen Steuerkatasters genügt die Verweisung auf diesen [11], während nach früherem Recht in Ermanglung der Aufnahme in den Steuerkataster auch auf andere Hülfsmittel namentlich Saal- und und Lagerbücher verwiesen werden konnte, oder auch nur beiläufige Angaben gemacht wurden [12]. Besteht die Sache aus einem Gutscomplex, so genügt die allgemeine Angabe und Hinweisung auf die erwähnten Urkunden; ist sie aber aus mehreren einzelnen unter einem Rechtstitel erworbenen Grundstücken und Rechten zusammengesetzt, so müssen diese einzeln vorgetragen werden [13]. Ebenso werden hier die beweglichen und unbeweglichen Pertinenzen die sich zur Eintragung eignen vorgetragen [14].

---

[10] Lehner, H.A.O. § 42. 3. Nach Anleitung des H.G. werden diese Rubriken als Rubrik I. II. III. unterschieden.

[11] H.G. § 130, 4. „Die einzelnen Bestandtheile eines Gutscomplexes, die Gült- und Grundzinsleistungen unter der zum § 22 Nummer 5 bemerkten Beschränkung, werden nicht verzeichnet, sondern hinsichtlich derselben ist im Hypothekenbuche bloß mit Angabe des Steuerdistrikts auf das Steuerkataster zu verweisen, dessen Einsicht den Betheiligten von dem einschlägigen Rentamte gestattet werden soll." Der Grundsteuerkataster hat für die dort eingetragenen aus dem getheilten Eigenthum und der Zehentpflicht herrührenden Belastungen die Bedeutung eines Saal- und Lagerbuchs, Ges. 15/8 28 § 95 vgl. Kumpf der § 95 des bayrischen Grundsteuergesetzes Ansbach 1846; Seuffert, Comment. III. 153; Erk. 4/5 47 Bl. XIV. 224; 16/2 57 Bl. XXII. 381; 21/2 62 Bl. XXVIII. 54. Durch die Aufhebung des Grundbarkeitsverhältnisses und die damit in Verbindung stehenden Fixirungen und Ablösungen ist dieß nun sehr vereinfacht vgl. Graf, Comment. III. 158.

[12] H.G. § 130, 4. Gönner, Comment. II. 188. Graf, Comment. III. 158.

[13] Instruktion § 12, 3.

[14] H.G. § 130 Nr. 5 und 6. Vgl. § 115, 29, 35 und 49. Es gehören

2. Der Lehenverband [15] in welchem das Objekt steht, dann die Eigenschaft als Bestandtheil eines Familienfideicommisses [16] und eines landwirthschaftlichen Erbgutes [17].

3. Der Werth der Sache. Dieser wird nur auf Verlangen oder mit Zustimmung des Eigenthümers aufgeführt, außer wenn Hypotheken aus gesetzlichem Rechtstitel eingetragen werden sollen, in welchem Fall dem Gläubiger ein Anspruch auf Bestimmung und Eintragung des Werthes zusteht. Die Werthsermittlung erfolgt zunächst durch Berechnung nach der Steueranlage, außerdem nach unverdächtigen Kauf- und Pachtcontrakten, Wirthschaftsrechnungen, Gutsanschlägen, oder nach einer vom Eigenthümer veranlaßten gerichtlichen Schätzung Sachverständiger [18].

4. Bei Gebäuden. Die Aufnahme des Eigenthümers in die allgemeine Brandversicherungsgesellschaft, wo diese erfolgt ist [19], mit Aufführung des Brandversicherungskapitals [20].

5. Die auf einem speciellen Titel beruhenden Reallasten [21], d. h. die dauernden wiederkehrenden Leistungen an Geld oder Naturalien, welche auf einem Privatrechtstitel beruhen, also mit Ausschluß der durch Gesetz oder Ortsgewohnheit begründeten [22] und der auf bloß

---

dahin nur die durch Privatdisposition als Pertinenzen erklärten beweglichen und unbeweglichen Sachen, dann solche unbewegliche Pertinenzen, welche im Hypothekenbuch eine besondere Nummer oder ein eignes Folium haben oder unter einer andern Gerichtsbarkeit liegen.

[15] H.G. § 131. Eine vollständige Beseitigung des Lehensverbandes ist in Bayern durch das Gesetz 4/6 48 über Ablösung des Lehensverbandes noch nicht durchgeführt, dieser ist also in einzelnen Fällen immer noch in Betracht zu ziehen; dagegen ist der H.G. § 131 aufgeführte Grundbarkeitsverband durch das Grundlastenablösungsgesetz 4/6 48 Art. 16 und 17 vollständig aufgehoben, und kann auch vertragsmäßig nicht wieder begründet werden.

[16] H.G. § 131.

[17] Erbgütergesetz 22/2 55 Art. 3 Nr. 3.

[18] H.G. § 132. Ueber das Verfahren vgl. Lehner, H.A.O. § 141—149. Graf, Comment. III. 158. Zink, Commentar zum Not.Ges. Nachtrag S. 23.

[19] Ueber die Verpflichtung dazu vgl. unten § 191, 18.

[20] H.G. § 132. Lehner, H.A.O. § 47, 3.

[21] Realdienstbarkeiten werden nicht aufgeführt H.G. § 22, 5; Bl. XXXII. 136 vgl. oben § 162, 41.

[22] Daher werden Steuern und Communallasten nicht eingetragen Lehner, H.A.O. § 53, 3. Von diesem Standpunkt aus hätte sich auch die Belastung mit der Zehntpflicht nicht zur Eintragung geeignet; für diese war jedoch eine

persönlicher Verbindlichkeit beruhenden [23]. Es erstreckt sich dieß namentlich auf die aus dem aufgehobenen gutsherrlichen Verband herrührenden fixen und fixirten Abgaben, die in Folge der Ablösung sie surrogirenden Bodenzinskapitalien [24] und Ablösungskapitalien der Ablösungskasse [25], Bodenzinse [26], jährliche Leistungen an Kirchen Schulen und Stiftungen soweit sie auf einem Privatrechtstitel beruhen [27], Forstberechtigungen welche die Natur der Reallasten haben [28], die Beitragspflicht der in einer Bewässerungsgenossenschaft befindlichen Grundstücke [29], die Jahresabgaben für abgelöste Weide- und Forstrechte [29a], die als Reallast radicirte kirchliche Baupflicht [30], das Ewiggeld der Stadt München [31]. Die Eintragung der Reallasten erfolgt indessen nur zur Wahrung des Vorzugsrechtes gegenüber den Hypothekgläubigern und ist für ihren Rechtsbestand nicht entscheidend [32].

Die in vorstehendem aufgeführten Einträge werden in der Hauptcolumne als ganzes gemacht ohne im einzelnen durch fortlaufende Nummern unterschieden zu werden [33]. Dagegen werden alle Veränderungen, welche sich an den hier aufgeführten Einträgen ergeben, und

---

Ausnahme gemacht, und die Eintragung allgemein vorgeschrieben H.G. § 22, 5, Instruktion § 17, Lehner, H.A.O. § 56—59.

[23] Daher wurden Gegenleistungen der Gutsherrschaften und Ausgaben für das Dienstpersonal nicht eingetragen. Instruktion § 16 Nr. 1 und 2.

[24] Ablösungsgesetz Art. 29. Vgl. oben § 174, 16.

[25] Erk. 27/12 65 Bl. XXXI. 75.

[26] Einf.Ges. zum H.G. § 7. Vgl. oben § 174, 24 und 27.

[27] Instruktion § 16. Nr. 3.

[28] Vgl. oben § 175, 13.

[29] Bewässerungsgesetz 28/5 52 Art. 14. Graf, Comment. III. 40; vgl. oben § 174, 18.

[29a] Vgl. oben § 174, 20 und 21.

[30] Ges. 28/5 52 Art. 8; vgl. oben § 174, 24.

[31] H.G. § 135, Einf.Ges. § 7; vgl. oben § 177, 36.

[32] Einf.Ges. § 7. „Werden die auf speciellen Rechtstiteln beruhenden Reallasten welche nach § 22 Nr. 5 des H.G. eingetragen werden müssen bei dem Hypothekenamt nicht angemeldet, so hat diese Unterlassung keine andere Folge als daß die Reallast den inzwischen eingetragenen Hypotheken auf den Fall nachstehen muß wenn wegen derselben die Sache um einen geringeren Preis verkauft und dadurch eine Hypothekforderung nicht befriedigt wird." Vgl. oben § 169, 24 f.

[33] Eine Ausnahme ist nur begründet, wenn verschiedene unter einem Rechtstitel besessene Immobilien auf einem Folium eingetragen werden und bei Eintragung von Immobiliarpertinenzen; hier werden gleich bei der ersten Eintragung fortlaufende Nummern gegeben Instruktion § 19, 7.

die gleichfalls der Eintragung bedürfen, unter fortlaufenden Nummern aufgeführt [34]. Dahin gehört namentlich Abtrennung von Bestandtheilen oder Pertinenzen, Vereinigung von neuen Bestandtheilen oder Pertinenzen mit dem Objekt und die damit eintretende Aenderung in dem angegebenen Werth [35], Veränderungen in der Gutsqualität hinsichtlich des Lehenverbandes und der Fideicommiß- und Erbgutseigenschaft, Aenderungen an den eingetragenen Reallasten und ihren Surrogaten [36].

II. Zweite Rubrik. Der Zweck dieser Rubrik ist Evidenthaltung der Dispositionsbefugniß des Eigenthümers hinsichtlich der für das Hypothekenbuch bestimmten Eintragungen. Soweit zu einer Eintragung auf das Folium die Zustimmung oder Benachrichtigung des Eigenthümers erforderlich ist, ist nur der in der II. Rubrik vorgetragene Eigenthümer und nur soweit legitimirt als nicht aus dem Hypothekenbuch eine Beschränkung seiner Dispositionsbefugniß sich ergiebt. In diese Rubrik wird eingetragen:

1. Der Name des Besitzers unter Angabe seines Geschlechts- und Vornamens, seines Standes, Gewerbes und Wohnorts [37]. Miteigenthümer müssen in gleicher Weise mit genauer Bezeichnung jedes einzelnen aufgeführt werden [38]. Bezüglich der die gesetzliche allgemeine Gütergemeinschaft begleitenden Beschränkungen einseitiger Disposition bestimmt das Hypothekengesetz die Eintragung der Namen beider Ehetheile da, wo eheliche Gütergemeinschaft mit der Wirkung des Gesammteigenthums hergebracht sei [39], und die Instruktion erläutert dieß dahin, es habe dieß abgesehen von der speciellen Vorschrift einzelner

---

[34] Instruktion § 19. 7 c.

[35] H.G. § 133.

[36] Instruktion § 18.

[37] H.G. § 136.

[38] Instruktion § 20, 2. „Eigentliche Miteigenthümer müssen mit ihren Namen auf dieselbe Art eingetragen werden, z. B.: Saueressig, Caspar, Bürger und Handelsmann, und Süssmilch, Cyprian, Bierwirth, beide zu N." Unter dem Ausdruck „eigentliches Miteigenthum" ist wie oben § 120, 15 gezeigt das Miteigenthum zu intellektuellen Theilen zu verstehen.

[39] H.G. § 136, 1. „... insbesondere an Orten, wo eheliche Gütergemeinschaft mit der Wirkung des Gesammteigenthums hergebracht ist, beider Ehetheile, nach den besondern Gesetzen und Gewohnheiten." Wie oben § 120, 15 ausgeführt verstehen Gönner und Lehner unter diesem Ausdrucke das Verhältniß wo eine Berechtigung mehrerer vorliegt ohne daß der einzelne über seinen intellektuellen Antheil verfügen kann.

Statuten da zu geschehen, wo nach den bisherigen Partikulargesetzen und Gewohnheiten Veräußerungen und Hypothecirungen nur mit gesammter Hand erfolgen können und wo der Ehefrau das Recht der Reclamation zustehe [40]. Die Mehrzahl unserer Statuten enthält aber die eine oder andere Bestimmung [41], bringt also die Nothwendigkeit der Eintragung der Namen beider Ehegatten mit sich. Dasselbe gilt für alle Fälle, wo die Gütergemeinschaft an Orten, wo sie nicht den gesetzlichen Güterstand bildet, durch Vertrag eingeführt wird [42]. Dagegen ist da, wo bei allgemeiner Gütergemeinschaft dem Ehemann die Disposition über das ganze Vermögen allein zusteht [43], die Eintragung des Namens beider Eheleute nicht erforderlich [44]. Steht das Objekt in dem Eigenthum einer juristischen Person so wird die Bezeichnung derselben eingetragen [45]; diesen sind die in das öffentliche Handelsregister eingetragenen Handelsgesellschaften [46] und die eingetragenen Erwerbs- und Wirthschaftsgesellschaften mit solidarischer und beschränkter

---

[40] Instruktion § 20, 3. „Zum richtigen Vollzug dieser Bestimmung (H.G. § 136, 1) dienen nachstehende Vorschriften: Die Namen der beiden Ehetheile sind nur an denjenigen Orten einzutragen a) wo besondere Gesetze und Gewohnheiten dieses ohnehin schon gebieten; b) wo nach den bisherigen Partikulargesetzen und Gewohnheiten Veräußerungen und Hypothecirungen unbeweglicher Güter ohne Einwilligung beider Eheleute gültig nicht geschehen können; c) wo dergleichen Veräußerungen und Hypothecirungen vom Ehemann allein gültig zwar vorgenommen aber auf gerichtliche Einsprache der Ehefrau (Reclamatio uxoria) im Wege Rechtens wieder aufgelöst werden können."

[41] Verfügung mit gesammter Hand setzen voraus die Statuten der Stadt Kempten, Lindau, Nördlingen, Erbach, Fulda, Kaufbeuern, Eichstädt, Weißenburg, Windsheim, Hohenlohe, Nürnberg oben § 61 Note 16, 23—29 und bei Hypothekerrichtung Bamberg oben § 61, 47. Dagegen gewähren der Ehefrau nur das Recht der Reclamation die Statuten von Würzburg Schweinfurt und Castell oben § 61, 30—32.

[42] Gönner, Comment. II. 215. Vgl. unten § 188.

[43] Es gilt dieß nach den Statuten von Bayreuth, Dinkelsbühl, Öttingen, Fürstenthum Kempten und Pappenheim. Vgl. oben § 61, 18—22.

[44] Vgl. unten § 188, 54.

[45] Instruktion § 20. I. 2: „bei Körperschaften, Stiftungen, öffentlich anerkannten Gesellschaften tritt deren genaue Bezeichnung an die Stelle des Namens." Ueber die Institute und Personenvereine welche hieher zu rechnen sind vgl. oben § 33—46. Nach dem § 42, 8 aufgestellten Unterscheidungsmerkmal sind auch die Gewerkschaften hieher zu rechnen, da nach Berggesetz Art. 87 und 89 die Solidarhaft bei ihnen gesetzlich ausgeschlossen ist. Vgl. oben § 120, 21.

[46] H.Gb. Art. 111. 213 und Bayrisches Einführungsgesetz Art. 41.

Haftpflicht (Genossenschaften und registrirte Gesellschaften)[47] gleichgestellt, indem sie unter ihrer Firma Grundbesitz erwerben also auch unter dieser als Eigenthümer in das Hypothekenbuch eingetragen werden können.

Mit dem Namen des Eigenthümers wird immer eine kurze Angabe des Rechtstitels verbunden kraft dessen er das Eigenthum der Sache erlangt hat[48]. Ebenso muß jede Veränderung die sich in der Person des Eigenthümers ergiebt mit Angabe des Titels und der Zeit der Veränderung eingetragen werden[49]. Es erfolgt dieß bei vertragsmäßigen Veräußerungen auf Grund der angelegten Notariatsurkunden[50], bei Eigenthumsübergang in Folge Vergleichs in einer Civilprozeßsache auf Grund der von dem competenten Prozeßgericht gepflogenen Verhandlung[51], bei Besitzveränderungen in Folge Richterspruchs auf Grund des vorgelegten rechtskräftigen Erkenntnisses[52], bei Besitzveränderungen in Folge Erbrechts oder letztwilliger Verfügung auf Grund eines Erbschaftszeugnisses[53], bei Vertheilung von Gemeindegründen auf Grund der von den Distriktsverwaltungsbehörden ausgestellten Zeugnisse und Besitzatteste[54]. Bei Auflösung der Gütergemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten muß die Personalveränderung eingetragen werden, wenn sie eine Aenderung des im Hypothekenbuch eingetragenen Besitzverhältnisses bewirkt[55]. Zweifellos ist dieß erforderlich nach denjenigen Statuten, welche dem überlebenden Ehegatten das Alleinerbrecht am ganzen Vermögen einräumen[56], sowie denjenigen, nach welchen der überlebende Ehegatte in fortgesetzter Gütergemeinschaft mit den Kindern verbleibt[57],

---

[47] Ges. 29/4 69 Art. 11. und 72.

[48] H.G. § 136, 2. Instruktion § 21.

[49] H.G. § 136, 3.

[50] Notar.Ges. Art. 14. Vgl. oben § 136, 52 f.

[51] Vgl. oben § 136, 59.

[52] H.G. § 142. Dieß gilt auch von Zuschlagsbescheiden Graf, Comment. III. 178

[53] H.G. § 141. Entschl. 2/6 55 Ztschr. f. G.G. II. 131. Graf, Comment. III. 178.

[54] J. M. E. 30/10 64 J. M. Bl. S. 250. Graf, Comment. III. 176.

[55] J. M. R. 2/6 55 Ztschr. f. G.G. II. 131. Ueber das dabei zu beobachtende Verfahren vgl. J. M. R. 26/7 64 II. 8 J. M. Bl. 1864, 219.

[56] Es sind dieß die Statuten von Würzburg, Castell, Schweinfurt, Fulda, Eichstädt, Pappenheim, Windsheim, Weissenburg, Öttingen, Nördlingen und Kaufbeuern. Vgl. oben § 65.

[57] Es sind dieß die Statuten von Bamberg Erbach und Thurnau. Vgl. oben § 64.

da in dem ersteren Fall der überlebende Ehegatte den verstorbenen beerbt, in dem zweiten die Kinder als Erben in die Stelle des verstorbenen Ehegatten sofort eintreten. Dagegen scheint es mir für diejenigen Statuten nicht begründet, welche dem überlebenden Ehegatten ausdrücklich den Beisitz in den unabgetheilten Gütern lassen, also Hinausschiebung der Theilung vorschreiben [58], weil hier nicht ein sofortiger Uebergang der einzelnen Bestandtheile des Vermögens des verstorbenen Ehegatten auf die Kinder als seine Erben eintritt, diese vielmehr nur einen Anspruch auf den aus der dereinstigen Abtheilung sich ergebenden Betrag haben [59].

2. Dispositionsbeschränkungen. An sich gilt jeder, der als Eigenthümer in das Hypothekenbuch eingetragen ist, als befugt, alle mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehenden Verfügungen zu treffen [60]. Soweit die aus der Einschreibung im Hypothekenbuch sich ergebende Dispositionsbefugniß des Eigenthümers durch Rechte Dritter also einen speciellen Titel beschränkt werden soll, muß daher die Dispositionsbeschränkung in das Hypothekenbuch besonders eingetragen werden [61]. Als solche specielle Titel der Dispositionsbeschränkung werden hier aufgeführt: Das bedingte Eigenthum, nämlich die Vereinbarung, daß das Eigenthum unter gewissen Voraussetzungen an den Veräußerer zurückfallen oder mit dem Ablauf einer bestimmten Zeit oder Eintritt gewisser Bedingungen auf einen Dritten übergehen soll, sowie die fideicommissarische Substitution [62]; das Distraktionsverbot, welches von dem competenten Prozeß- oder Concursgericht erlassen wird [63]; der

---

[58] Es sind dieß die Statuten von Bayreuth, Nürnberg, Hohenlohe, Dünkelsbühl, Fürstenthum und Stadt Kempten und Lindau. Vgl. oben § 63.

[59] Es darf dieß für die Statuten dieses Systems als Regel aufgestellt werden; eine Ausnahme macht das Recht der Stadt Lindau, nach welchem das Vermögen des verstorbenen Ehegatten sofort auf die Kinder übergeht oben § 63, 23.

[60] H.G. § 26, 1. Vgl. unten § 185, 15 f.

[61] H.G. § 136, 4. „In die zweite Rubrik ist einzutragen .... 4) dasjenige, was die freie Befugniß des Besitzers über die Sache zu verfügen aus speciellen Rechtstiteln beschränkt ...." Dispositionsbeschränkungen, welche auf allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen beruhen, wie die Handlungsunfähigkeit unter Curatel stehender Personen und der Ehefrauen werden hier nicht vorgetragen. Gönner, Comment. II. 229. Graf, Comment. III. 44. Bl. VIII. 92.

[62] H.G. § 136, 4. Gönner, Comment. II. 233. Lehner, H.A.O. § 73. Vgl. unten § 188, 33 f.

[63] H.G. § 22, 7 und § 73. Lehner, H.A.O. § 75. Vgl. unten § 188, 21 f.

Eigenthumsvorbehalt, welcher entweder mit Bestellung einer Hypothek verbunden oder für sich allein zur Sicherung des eventuellen Rückfalls des Objektes an den Veräußerer eingetragen wird [64]; der Vorbehalt des Rückkaufs [65]; der Vorbehalt besonderer Leistungen wie Nutznießung und Wohnungsrecht [66]; das vertragsmäßige Hypothecirungsverbot [67]; Bestellung einer Sache als Dos, da wo das Dotalrecht des gemeinen Rechts gilt [68]; Abschließung eines partikulären Erbvertrags über das Objekt in dem Rechtsgebiet des bayrischen Landrechts [69].

Eintragungen von Dispositionsbeschränkungen werden sofort verfügt, wenn sie von dem competenten Gericht auf Grund rechtskräftigen Erkenntnisses beantragt werden [70]; in allen anderen Fällen wird der zur Verhandlung geeignete Antrag unter Vormerkung desselben dem Besitzer zur Erklärung binnen eines bestimmten Termines mitgetheilt, und je nach der Erklärung die Beschränkung eingetragen, oder die Interessenten auf den Rechtsweg verwiesen [71].

III. Dritte Rubrik. Diese dient zur Eintragung der Hypotheken und aller in der Person des Gläubigers und der Forderung vorgehenden Veränderungen. Es werden hier also aufgeführt:

1. Die Forderung, für welche Hypothek bestellt wird. Für diese ist wesentlich:

a. Der Betrag der Forderung mit dem bedungenen Zinsfuß [72]. Regelmäßig muß die Forderung in einer bestimmten Summe ausgedrückt sein [73]; daher sollen Rechte und Forderungen, deren Betrag

---

[64] H.G. § 5. Vgl. unten § 188, 27 f.

[65] H.G. § 5. Instruktion § 25. Vgl. unten § 188, 43.

[66] H.G. § 5. Bl. XXV. 385. Vgl. unten § 188, 44.

[67] H.G. § 44. Lehner, H.A.O. § 75, 1. Vgl. unten § 188, 65 f.

[68] Vgl. unten § 188, 60.

[69] Vgl. unten § 188, 67 f.

[70] A. E. 10/12 29 und 30/7 31 Bl. XIV. 265.

[71] H.G. § 109 und 110.

[72] H.G. § 22, 8.

[73] H.G. § 11. „Die Eintragung in das Hypothekenbuch aber kann niemals anders, als für eine der Summe nach bestimmte Forderung auf bestimmte Immobilien geschehen." Erk. 3/7 33 Bl. XIV. 192 nimmt an, daß die Bestimmung des Gesetzes dann keine Anwendung leide, wenn die Summe nicht bestimmt werden könne, und wendet dieß auf den Fall an, wo eine Hypothek für einen vom Gläubiger gewährten offenen Credit bestellt werde. Allein diese Auffassung widerspricht der unzweideutigen Vorschrift des Gesetzes, und es ist daher durch

nicht an sich genau bestimmt ist, nach ihrem beiläufigen Betrag entweder durch Uebereinkunft oder richterliches Urtheil auf eine bestimmte Summe festgesetzt werden [74]; ausnahmsweise können Leistungen an Alimenten Witthum Altentheil und Wohnungsrecht in Geld Naturalien und anderen Reichnissen, welche durch Hypothek versichert werden sollen, in einem beiläufigen Anschlag ihres jährlichen Betrages oder nur mit genauer Angabe, worin jene Leistungen bestehen, eingetragen werden [75].

b. Der Rechtstitel der Forderung mit der Zeit der Entstehung desselben und Anführung der Urkunden aus denen er sich ergiebt [76].

c. Die Bezeichnung der Person des Gläubigers mit Angabe seines Namens, Standes und Wohnorts [77]; damit ist die Möglichkeit der Eintragung einer Inhaberforderung ausgeschlossen [78].

d. Die Angabe des Rangverhältnisses mit besonderer Anführung

J. M. E. 1/3 55 Z. f. G.G. u. R.Pfl. II. 2 den Hypothekenämtern ein derartiges Verfahren ausdrücklich untersagt.

[74] H.G. § 19. Dahin gehört die s. g. Cautionshypothek vgl. über diese Heyne, Erörterungen 95 f., Regelsberger in Bl. XXXVI. 129 f.

[75] Instruktion § 28 Nr. 5. Erk. 8/8 43 Bl. IX. 191; Arnold in Bl. XVIII. 193.

[76] H.G. § 145. 2. Instruktion § 28. I. 2.

[77] H.G. § 145. „Bei jeder Forderung .... sind einzutragen: 3. Der Vor- und Geschlechtsname, Stand und Wohnort des Gläubigers." Instruktion § 28. I. 2: „der Eintrag einer Hypothek muß in sich enthalten ... die genaue Bezeichnung der Person des Gläubigers."

[78] Neuerdings wird von manchen angenommen, daß die Einschreibung einer Hypothekforderung gleich auf den Inhaber gestellt werden könne. Diese Annahme ist weder in dem Gesetz begründet, noch wurde sie zu der Zeit wo das Gesetz erlassen wurde getheilt, namentlich sind weder Gönner noch Lehner dieser Ansicht. Vertheidigt wird sie von Lotz Bl. XIII. 321—331, Graf, Comment. III. 45 und Erk. des Bez.G. München Z. f. Not. II. 315. Die dafür angeführten Gründe scheinen mir indeß nicht maaßgebend zu sein. Daß die neuere Rechtsentwicklung der Ausstellung von Inhaberpapieren nicht beanstandet ist keine Veranlassung die ausdrückliche Vorschrift des Hypothekengesetzes, welche die Eintragung von Inhaberforderungen ausschließt, für beseitigt zu halten. Der von Lotz Bl. XIII. 325 angeführte Grund, daß dann auch juristische Personen nicht eingetragen werden könnten, bedarf keiner Widerlegung. Auch das von Graf Comment. III. 45 angeführte Argument, daß wenn die Eintragung einer Cession auf den Inhaber zuläßig sei, die Eintragung eines Inhabers als ursprünglichen Gläubigers nicht verboten sein könne, scheint mir nicht entscheidend, da ja beim Wechsel, der in blanco indossirt aber nicht auf den Inhaber ausgestellt werden kann, das gleiche Verhältniß vorliegt.

des Rangvorbehaltes [79] der Ranggleichheit mehrerer Hypotheken [80] und der Rangeinräumung durch einen anderen Gläubiger [81].

e. Die solidarische Mithaftung anderer Hypothekenobjekte [82].

f. Auf Verlangen des Gläubigers oder Schuldners wird auch die über die Aufkündung und Zurückzahlung getroffene Vereinbarung eingetragen [83].

2. Veränderungen die sich hinsichtlich der eingetragenen Forderung ergeben. Dahin ist zu rechnen: gänzliche oder theilweise Löschung der Hypothek [84]; Theilung einer Forderung in mehrere selbstständige Forderungen [85]; Rangausweichung eines älteren Hypothekgläubigers zu Gunsten eines jüngeren [86].

3. Veränderungen in der Person des Gläubigers, nämlich: Uebergang der Forderung auf einen Erben oder Legatar [87] und Cession der Hypothekenforderung an einen anderen Gläubiger [88].

4. Dispositionsbeschränkungen des Gläubigers bezüglich der Forderung, nämlich: Beschlagnahme derselben im Wege der gerichtlichen Hilfsvollstreckung [89]; Verpfändung der Hypothekenforderung durch den Gläubiger [90]; Beschränkung der Dispositionsbefugniß des Gläubigers, welche entweder mit dem Rechtstitel selbst gegeben sein oder auf besonderer Festsetzung beruhen kann [91].

---

[79] H.G. § 23, 2 und § 150. Instruktion § 28 I. 10. Vgl. unten § 194, 4.

[80] H.G. § 23, 2. Instruktion § 28 Nr. 11. Vgl. unten § 194, 3.

[81] H.G. § 62. Instruktion § 28. Nr. 9. Vgl. unten § 192, 2 f.

[82] H.G. § 147. Instruktion § 28. Nr. 15. Vgl. unten § 186, 7 und 195, 34 f.

[83] Instruktion § 28 Nr. 28.

[84] H.G. § 158—166. Instruktion § 33. Vgl. unten § 196. Die Löschung aller Forderungen in der III. Rubrik bewirkt nicht eine gänzliche Aufhebung des Foliums, außer wenn der Eigenthümer dieß selbst verlangt Erk. 25/1 69 Bl, XXXIV. 198.

[85] H.G. § 154. Instruktion § 29. 3. Vgl. unten § 192, 33.

[86] H.G. § 62. Instruktion § 28, 11. Vgl. unten § 192, 2.

[87] H.G. § 153.

[88] H.G. § 26, 6 und § 53. Instruktion § 29, 1. Hier ist die Eintragung des Namens des Cessionars nicht vorgeschrieben, und es war daher schon Gönner Comment. II. 282 der Meinung, daß die Cession auf den Inhaber unbeanstandet eingetragen werden könne. Vgl. auch Arnold Einklagung der Hypothekzinsen § 26, 2, Graf, Comment. III. 45.

[89] H.G. § 156. Vgl. unten § 192, 1.

[90] H.G. § 53. Instruktion § 32. Vgl. unten § 192, 12 f.

[91] Gönner, Comment. II. 284. Vgl. unten § 192, 1. Dahin gehört na=

I. Princip des Hypothekenrechts.

§ 184.

1. im allgemeinen.

Die geschichtliche Entwicklung des neuen deutschen Hypothekenrechtes läßt keinen Zweifel darüber, daß dieses auf der Grundlage des römischen Rechts sich ausbildete, und demnach die Eintragung der Hypotheken, welche anfänglich nur einen Rangvorzug zur Folge hatte, auch dann an der accessorischen Natur des Pfandrechts nichts änderte, als sie durch die neuere Gesetzgebung zur ausschließlichen Form der Entstehung von Immobiliarhypotheken geworden war. Dieß ist auch durchgängig in den Hypothekenordnungen ausdrücklich ausgesprochen [1], und ebenso in dem bayrischen Hypothekengesetz anerkannt [2], und es kann demnach von der neuerdings versuchten Annahme einer Selbstständigkeit der Hypothek [3] nach bayrischem Recht keine Rede sein. Daher setzt jede Hypothek den Bestand einer Forderung voraus, deren Eintragung in das öffentliche Buch für die Begründung des dinglichen Rechtes wesentlich ist [4]. Es gilt dieß ohne Modification für die Beziehungen der ursprünglichen Contrahenten unter sich. Daher wird durch die Eintragung an dem ursprünglichen Rechtsverhältniß der Forderung nichts verändert [5], und es steht unter dieser Voraussetzung dem Gläubiger

---

mentlich die Vinkulirung der Forderung für eine Caution (Heirathscaution). Allgemeine persönliche Eigenschaften der Hypothekgläubiger, welche auf ihre Dispositionsbefugniß Einfluß haben, sind darunter nicht begriffen. Erk. 10/4 38 Bl. III. 240.

[1] s. Beseler, P.R. § 97, 32. Eine Ausnahme machen einige der mecklenburgischen Hypothekenordnungen, in welchen die Selbstständigkeit der Hypothek als Grundlage angenommen ist Beseler, P.R. § 97, 34.

[2] H.G. § 1: Das dingliche Recht, welches ein Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung auf eine fremde unbewegliche Sache durch Eintragung in das dafür angeordnete Buch erwirbt, ist eine Hypothek. § 2: Von der Richtigkeit und Dauer der Forderung hängen auch die Wirkungen der Hypothek ab, vorbehaltlich dessen was wegen Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs unten bestimmt ist.

[3] Vgl. darüber oben § 181, 53.

[4] H.G. § 2 oben Note 2 und oben § 183, 72 f.

[5] H.G. § 46: „Durch die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in die Eintragung einer Hypothek verliert der Schuldner im Verhältniß zu dem ursprünglichen Gläubiger die Einreden nicht, welche ihm gegen die Richtigkeit der

das Recht zu die persönliche oder dingliche Klage zu stellen, oder beide miteinander zu verbinden [6]. Dagegen ist dem Princip der Publicität entsprechend das Verhältniß modificirt in dem Fall, wo ein nicht persönlich haftender Schuldner [7] an die Stelle des ursprünglichen getreten ist; hier haftet der Schuldner, nur dinglich, und kann dem Gläubiger die der persönlichen Verpflichtung entsprechenden Einreden nur dann entgegenstellen, wenn sie in dem Hypothekenbuch vorgemerkt sind [8]. Im übrigen sind die Grundsätze des römischen Pfandrechts für das neuere also auch das Bayrische Hypothekenrecht nicht bestimmend, da dieses auf den Principien der Publicität und Specialität beruhend ein völlig neues Rechtsinstitut geschaffen hat.

§ 185.

2. Die Publicität [1].

Das bayrische Hypothekenrecht beruht entsprechend der Entwicklung, welche das neuere Hypothekenrecht genommen hat [2], auf dem Grundsatz der Publicität, hat jedoch nicht das Grundbuchssystem sondern das Pfandbuchsystem seinen Bestimmungen zu Grund gelegt [3], so daß die Wirkung der Publicität nicht auf den ganzen Inhalt des Hypothekenbuchs in gleicher Weise sich erstreckt, diese in ihrem vollen Umfang vielmehr nur bei der Eintragung von Hypotheken hervortritt,

---

Forderung zustehen." Es gilt dieß auch für die Beendigung des Hypothekenverhältnisses, die unter den ursprünglichen Contrahenten nicht von der Löschung bedingt ist.

[6] H.G. § 49. Vgl. unten § 192.

[7] Persönlich haftet der unbedingt antretende Universalsuccessor des Schuldners, dann der unredliche und der redliche die Schulden besonders übernehmende Singularsuccessor, nicht dagegen der Singularsuccessor, der die Schulden nicht besonders übernommen hat. H.G. § 26.

[8] Vgl. unten § 185, 21.

[1] Ueber den Begriff der Publicität vgl. Exner, das Publicitätsprincip Wien 1870. Beseler, Pr.R. § 97 III. Mascher, Grundbuch- und Hypothekenwesen Berlin 1869 583—636.

[2] Vgl. darüber Beseler, Pr.R. § 97, Förster, P. P.R. § 191, und die Aufsätze von Mittermair A. f. C.Pr. XVIII. 151 und 431; XIX. 126; XXVIII. 422; XXXIII. 435; XXXIV. 245 und 412; XXXV. 323; XXXVI. 289; XXXVII. 470; XXXVIII. 108.

[3] Gönner, Comment. I. 259. Ueber das Grundbuchsystem vgl. Mascher, Grundbuch- und Hypothekenwesen 529—568.

während die übrigen Einschreibungen nur als Behelfe des Bestandes oder der Rangbestimmung der Hypotheken erscheinen, und nur in dieser Eigenschaft an den Wirkungen der Publicität Theil nehmen [4]. Das

---

[4] Die Eintragung des Eigenthümers in die II. Rubrik ist nicht die Voraussetzung des Eigenthumserwerbs sondern nur der Disposition bei Einschreibungen in das Hypothekenbuch, vgl. unten § 188, 1. Ebenso ist die Eintragung von Reallasten und Personalservituten in die I. und II. Rubrik nicht zur Entstehung des dinglichen Rechts erforderlich, sondern hat nur den Zweck, ihnen gegenüber den eingetragenen Hypotheken die erforderliche Sicherheit zu gewähren. Hinsichtlich der Reallasten ist dieß ausgesprochen Einf.Ges. § 7: „Werden die auf speciellen Rechtstiteln beruhenden Reallasten, welche nach § 22, 5 des Hypothekengesetzes eingetragen werden müssen, bei dem Hypothekenamt nicht angemeldet, so hat diese Unterlassung keine andere Folge, als daß die Reallast den inzwischen eingetragenen Hypotheken auf den Fall nachstehen muß, wenn wegen derselben die Sache um einen geringeren Preis verkauft und dadurch eine Hypothekenforderung nicht befriedigt wird." Der gleiche Grundsatz ist bei Personalservituten anwendbar, und der O.G.H. hat die wie es scheint nicht wenig verbreitete Meinung, daß Reallasten und Personalservituten, um für einen dritten Erwerber des Immobile verbindlich zu sein, der Eintragung bedürften, constant verworfen Erk. 15/5 66 Bl. XXXII. 129, 3/8 67 Bl. * XXXI. 280, 9/8 70 Bl. XXXVI. 20, wie dieß bereits von Gönner, Comment. I. 259 und 279 als den Bestimmungen unseres Hypothekenrechts entsprechend bezeichnet ist. Es ist dieß eine nothwendige Consequenz des Satzes daß die Eröffnung eines Foliums nur auf Antrag des Eigenthümers oder bei Anmeldung eines Rechtes erfolgt, dessen Sicherstellung durch Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt ist. Vgl. oben § 182, 14, § 183, 9 und unten § 188, 1. Prädialservituten werden nach bayrischem Recht überhaupt nicht in das Hypothekenbuch eingetragen Bl. XXXII. 129 und oben § 183, 21. Diese Grundsätze gelten in dem ganzen Gebiet des Hypothekengesetzes also in dem ganzen diesseitigen Bayern, und finden daher auch in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts in Bayern Anwendung. A. M. ein A. E. 14/2 60 Z.A.B. III. 188, wo ausgeführt ist, daß die Bestimmungen des Pr.L.R. 1. 10. 7 und 12 über die Nothwendigkeit und rechtliche Bedeutung der Eintragung des Besitzrechts in das Hypothekenbuch als durch das Hypothekengesetz nicht abgeschafft in Bayern noch jetzt in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts in Geltung stehen. Diese Ansicht scheint mir nicht haltbar. Das Publicitätsprincip des Preußischen Landrechts ist ein anderes als das des bayrischen Hypothekengesetzes, da nach dem ersteren die Eintragung in das Hypothekenbuch Voraussetzung des Eigenthumserwerbs und des Erwerbs der meisten dinglichen Rechte ist, Förster, P. P.R. § 172, 25 und § 187, 20, während das bayrische Hypothekengesetz die Eintragung des Eigenthümers der Reallasten und Personalservituten nur mit Beziehung auf die einzuschreibenden Hypotheken vorschreibt, und nur für letztere die Entstehung des dinglichen Rechts von der Eintragung abhängig macht. Die Grundlagen beider Gesetzgebungen stehen sich demnach diametral entgegen und können nicht neben einander bestehen.

bayrische Recht gehört demnach bis jetzt noch dem System der beschränkten Publicität an [5]. Dieses enthält folgende Rechtssätze:

I. Eine Hypothek kann gültig nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch entstehen [6]. Abweichend von den Grundsätzen des römischen Rechts, welches für die Hypothekbestellung keine allgemein anwendbare Form vorschreibt, sondern die Entstehung nach den Titeln unterscheidet, und demnach diese verschieden gestaltet, jenachdem sie auf Gesetz Disposition des Eigenthümers oder richterliche Verfügung zurückzuführen ist, hat das neuere Hypothekenrecht die Entstehung des Pfandrechts an Immobilien und an Mobilien gesondert, und das erstere soweit es als Hypothek bestehen soll unter analoger Anwendung der Grundsätze von der gerichtlichen Auflassung ausschließlich auf die Eintragung in das Hypothekenbuch zurückgeführt, so daß nicht nur alle stillschweigenden Pfandrechte beseitigt sondern auch die auf Gesetz Disposition des Eigenthümers oder richterlicher Verfügung beruhenden an die gleiche Form gebunden sind. Zur Entstehung einer Hypothek ist daher nach neuerem Recht ein Formalakt erforderlich [7], ohne dessen Vornahme das dingliche Recht nicht entstehen kann [8]. Dieser Grundsatz ist maßgebend nicht nur für das Verhältniß der anderen Gläubiger oder der dritten Erwerber der Sache sondern auch für die Beziehungen des ursprünglichen Gläubigers und Schuldners [9].

II. Der Inhalt des Hypothekenbuchs ist bei allen mit dem Hy-

Da nun das bayrische Hypothekengesetz einen Vorbehalt nicht enthält, so sind durch Einführung desselben die entgegenstehenden Bestimmungen des Preußischen Rechts beseitigt.

[5] Dagegen ist Entwurf III. zu dem Princip der vollen Publicität übergegangen.

[6] H.G. § 21: Die Hypothek als dingliches Recht wird durch die förmliche Eintragung in das öffentliche unter amtlichem Glauben geführte Hypothekenbuch erworben, und erst von der Zeit dieser Eintragung an erhält eine Forderung die Rechte der Hypotheken ohne Unterschied ob das Recht sie zu erwerben auf dem Privatwillen beruht.

[7] Exner, Publicitätsprincip 5.

[8] H.G. § 10. „Der Rechtstitel allein bewirkt die Hypothek nicht sondern nur das Recht diese durch Eintragung in das Hypothekenbuch zu erwerben; selbst dadurch, daß dem Gläubiger der Besitz der Sache oder deren Nutzungsrecht zur Sicherstellung einer Forderung eingeräumt ist, wird eine Hypothek auf die Sache noch nicht erworben." Durch diese Bestimmung ist indessen die Begründung eines pignus an einem Immobile nicht ausgeschlossen vgl. unten § 197, 3.

[9] Gönner, Comment. I. 153.

pothekenwesen in Verbindung stehenden Handlungen Dritter, welche sich in gutem Glauben befinden, entscheidend. Daher bringt jede im Vertrauen auf das Hypothekenbuch vorgenommene Handlung, soweit sie mit dem Hypothekenwesen in Verbindung steht, in Ansehung desjenigen, welcher nach den im Hypothekenbuch befindlichen Einträgen und in gutem Glauben gehandelt hat, alle jene rechtlichen Wirkungen hervor, welche der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind [10]. Für das Rechtsverhältniß der Contrahenten unter sich ist die Eintragung in das Hypothekenbuch nicht entscheidend, für sie ist allein das Contraktsverhältniß bestimmend, daher können unter ihnen alle Einreden vorgebracht werden, und ebenso bedürfen Thatsachen zu ihrer materiellen Wirksamkeit unter ihnen nicht der Eintragung [11]. Dagegen kann ein Dritter, der nicht zu den ursprünglichen Contrahenten gehört, insoferne er in gutem Glauben ist [12], alle Handlungen rechtsgültig vornehmen, welche dem Inhalt des Hypothekenbuchs entsprechen, und es sind ihm gegenüber nur diejenigen Einwendungen gegeben, welche durch Eintragung in das Hypothekenbuch sicher gestellt sind. Soweit es sich nicht um die Beziehungen der ursprünglichen Contrahenten handelt, können daher Verhältnisse, welche der Eintragung bedürfen, keine Berücksichtigung finden, wenn sie zur Zeit wo der Dritte handelte nicht eingetragen waren [13]. Die einzelnen Anwendungsfälle sind folgende:

1. Das Hypothekenobjekt haftet dem dritten Erwerber einer Hypothek in dem Umfang in welchem es zur Zeit der betreffenden Rechtshandlung in dem Hypothekenbuch vorgetragen war. Es erstreckt sich dieß sowohl auf die Hauptsache, als auf die Nebensachen und auf die

---

[10] H.G. § 25.

[11] Gönner, Comment. I. 280.

[12] Der Dritte, der nicht in gutem Glauben gehandelt hat, kann sich nicht darauf berufen H.G. § 25. Lehner, H.R. § 11, 1. Erk. 31/12 69 Bl. XXXV. 137 ist einem nicht eingetragenen Eigenthumsvorbehalt der Vorrang vor einer Hypothek zugesprochen deren Erwerber bei ihrer Eintragung von dem ersteren Kenntniß hatte.

[13] In dieser Beschränkung stimmt das bayrische H.G. mit Pr. L.R. I. 20. 423 und dem Württembergischen Pf.G. Art. 72 überein. Dagegen läßt das sächsische H.G. 6/11 1843 § 22 die gleiche Wirkung auch unter den ursprünglichen Contrahenten mit der Eintragung eintreten, und dieser Auffassung schließt sich Entwurf III. 381 an, während nach österreichischem Recht eine der rechten Gewere entsprechende Verjährung entgegenstehender Ansprüche (Tabularersitzung) erforderlich ist. Exner, Publicitätsprincip 14 und 122.

vorgetragenen Reallasten. Andererseits haftet der dritte Erwerber eines Hypothekenobjekts den eingetragenen Hypothekgläubigern nur mit denjenigen Bestandtheilen, welche zur Zeit seiner Rechtshandlung als solche im Hypothekenbuch vorgetragen sind [14].

2. Ueber die Dispositionsbefugniß für Eintragungen in das Hypothekenbuch entscheidet nur der Vortrag in der II. Rubrik. Für Forderungen gegen den in der II. Rubrik als Eigenthümer Vorgetragenen können daher Hypotheken gültig eingetragen werden ohne Rücksicht darauf ob er der wirkliche Eigenthümer ist oder nicht, und es werden Hypotheken die er bestellt dem gutgläubigen Gläubiger erworben auch wenn er zur Zeit der Bestellung nicht mehr Eigenthümer des Hypothekenobjekts war [15]. Der Umfang der Dispositionsbefugniß ist gleichfalls nur nach dem Vortrag in der II. Rubrik zu beurtheilen. Soweit hier nicht eine Beschränkung eingetragen ist sind daher die für Forderungen an den eingetragenen Eigenthümer bestellten Hypotheken zu Recht bestehend, auch wenn die rechtliche Beschaffenheit der Sache [16] die freie Dispositionsbefugniß ausschließt. Nur die für Forderungen gegen den eingetragenen Eigenthümer bestellten Hypotheken haben Gültigkeit [18]. Der Erwerber eines Hypothekenobjekts haftet nur für die eingetragenen Hypotheken; aus einem gegen den früheren Eigenthümer begründeten Titel kann Hypothekbestellung gegen den in der II. Rubrik eingetragenen neuen Erwerber nicht verlangt werden [19].

3. Das Rechtsverhältniß der eingetragenen Hypotheken ist ledig-

---

[14] H.G. § 33—40.

[15] H.G. § 26 Nr. 1: „Diesen Bestimmungen gemäß kann insonderheit für Forderungen an denjenigen, welchen das Hypothekenbuch als dermaligen Eigenthümer benennt, eine Hypothek gültig eingetragen werden, wenn er auch die Sache veräußert oder einem andern übergeben hatte. Der neue Eigenthümer, welcher seinen Besitztitel nicht eintragen ließ, muß diese Hypotheken gegen sich anerkennen, und ihm bleibt bloß der Regreß gegen den Schuldner vorbehalten." Vgl. Erk 27/7 57 Bl. XXII. 359.

[16] Eine derartige Dispositionsbeschränkung kommt jetzt nur bei Lehen Familienfideicommissen und bäuerlichen Erbgütern vor; sie wird nach bayrischem Hypothekenrecht jedoch nicht in der II. sondern in der I. Rubrik vorgetragen oben § 183, 15—17.

[17] Vgl. unten § 188, 15 f.

[18] H.G. § 26, 1.

[19] H.G. § 26, 3. „Dagegen kann aus einem gegen den vorigen Eigenthümer begründeten Rechte eine Hypothek gegen den neuen Besitzer, sobald dieser im Hypothekenbuche eingetragen ist, nicht mehr verlangt werden."

lich nach dem Vortrag in der III. Rubrik zu beurtheilen. Es tritt dieß in den folgenden Punkten hervor:

a. Für die eingetragene Forderung haftet der dritte Besitzer, der diese nicht besonders übernommen hat [20], mit dem Hypothekenobjekt [21], und kann dem Gläubiger nur diejenigen Einreden entgegen stellen, welche sich aus der Eintragung in das Hypothekenbuch ergeben, also diejenigen, welche mit dem dinglichen Verhältniß verbunden oder durch Eintragung in das Hypothekenbuch sicher gestellt sind.

b. Der Schuldner kann einem dritten gutgläubigen Erwerber, der die Hypothek auf Grund eines lästigen Titels an sich gebracht hat, die auf die Forderung bezüglichen Einreden, die sich nicht aus dem Rechtsverhältniß selbst ergeben, die ihm gegen den ursprünglichen Gläubiger zustanden, nur dann entgegensetzen, wenn sein Widerspruch im Hypothekenbuch vorgemerkt ist [22].

d. Die hypothekenrechtliche Beschränkung des Gläubigers in der Dispositionsbefugniß über die Hypothekforderung ist nur nach der Eintragung zu beurtheilen. Soweit eine solche Beschränkung nicht vorgetragen ist, steht dem eingetragenen Hypothekgläubiger die freie Disposition mit den im Hypothekengesetz bestimmten Wirkungen zu.

c. Als berechtigt bezüglich der eingetragenen Forderung erscheint der im Hypothekenbuch als Gläubiger Eingetragene [23], und die

---

[20] H.G. § 56. Hat er die Schuld übernommen so haftet er wie der ursprüngliche Schuldner, vgl. unten § 195, 17.

[21] H.G. § 54. „Das Gut, worauf eine Hypothek eingetragen ist, haftet dem Gläubiger für seine Befriedigung auch alsdann wenn es sich in den Händen eines andern Besitzers befindet, und dieser ist selbst im Falle des redlichen Besitzes verbunden, die Hypothekforderung, soweit sie dem § 42 gemäß auf der Sache haftet, zu bezahlen, oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde."

[22] H.G. § 26 Nr. 4. 5. „Der Schuldner kann die Einreden, welche er dem Gläubiger über die Richtigkeit einer eingetragenen Hypothekforderung entgegen setzen konnte, wider den Dritten, der die eingetragene Hypothek durch lästigen Titel und im guten Glauben an sich brachte, nur alsdann gebrauchen, wenn sein Widerspruch gegen die Forderung im Hypothekenbuche vorgemerkt ist; eben dieses gilt von der Einrede der Compensation und der Zahlung, wenn sie nicht im Hypothekenbuche bemerkt oder die Hypothek nicht gelöscht wurde." Erk. 1/5 46 Bl. XI. 222 ist bezüglich der im Hypothekenbuch nicht eingetragenen Stipulation der Unaufkündbarkeit ausgesprochen, daß sie zwar dem ursprünglichen Gläubiger nicht aber einem gutgläubigen Cessionar entgegengehalten werden könne.

von diesem verfügten Einträge sind dritten gutgläubigen Interessenten gegenüber wirksam, auch wenn ihm die Hypothekenforderung nicht mehr zustand, als er darüber disponirte [24].

e. Die Hypothekforderung verliert ihre Wirksamkeit nur durch Löschung im Hypothekenbuch [25]. Daher kann der Hypothekgläubiger mit Rechtswirkung für gutgläubige Interessenten über nicht gelöschte Hypotheken disponiren, auch nachdem der Erlöschungsgrund bereits eingetreten ist, und der Eigenthümer des Hypothekenobjekts kann auch nach Eintreten des Erlöschungsgrundes vor vollzogener Löschung keine mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehenden Rechte geltend machen, welche das Aufhören der betreffenden Hypothekforderung voraussetzen [26]. Daher kann auch gegen eine eingetragene Hypothekforderung der Lauf der Verjährung nicht beginnen, insoweit er nicht durch Protestation sicher gestellt ist [27].

f. Der Rang der eingetragenen Hypotheken wird ausschließlich durch die Eintragung bestimmt in der Art, daß nur die Priorität entscheidet [28].

---

[23] Als einen Anwendungsfall hebt H.G. § 26 Nr. 6 hervor, das der Cessionar die nachtheiligen Folgen wider sich gelten lassen muß, welche aus unterlassener Eintragung der Cession entstehen. Der nicht eingetragene Cessionar hat daher gutgläubigen Interessenten gegenüber kein Rechtsmittel, wenn der Cedent nach der Cession Dispositionen über die Hypothekforderung hat eintragen lassen.

[24] Erk. 23/12 69 Bl. XXXV. 136.

[25] H.G. § 22. „In das Hypothekenbuch müssen ... eingetragen werden ... 8. der Betrag der Forderung .... sowie alle daran sich ergebenden Veränderungen." § 83. „Die Erlöschung einer Hypothek ist in Ansehung derjenigen, in deren Handlungen sie sich gründet, so bald wirksam, als der Erlöschungsgrund vorhanden ist. Wie ferne daraus Rechte gegen einen Dritten entstehen, ist nach den Bestimmungen des § 25 und 26 zu beurtheilen."

[26] Zur Einräumung des Rangs einer erloschenen noch nicht gelöschten Hypothek an einen anderen Gläubiger, die nach H.G. § 84 zuläßig ist, bedarf es Vernehmung des Gläubigers der ersteren A. E. 23/3 50 Bl. XIV. 271.

[27] H.G. 32: Gegen den Inhalt des Hypothekenbuches findet insoweit keine Verjährung statt, als dieselbe den eingetragenen Hypotheken oder darin vorgemerkten Forderungen zum Nachtheil gereichte. Daher kann die Verjährung einer im Hypothekenbuch eingetragenen Forderung, so lange sie darin nicht gelöscht oder von dem die Löschung nachzusuchen Berechtigten eine dießfallsige Protestation in dem Hypothekenbuche aufgenommen worden, nicht angefangen werden. Dagegen kommen in Ansehung der hievon verfallenen Zinse die gesetzlichen Bestimmungen über Verjährung zur Anwendung.

[28] Gönner, Comment. I. 292. Vgl. unten § 194.

Gegen die Wirkungen der Publicität können sich die Betheiligten durch Eintragung einer Protestation [29] schützen, welche so lange wirkt, bis sie im Hypothekenbuch gelöscht ist [30].

III. Jedem Betheiligten steht ein Recht auf Einsicht des Hypothekenbuchs und Erlangung beglaubigter Auszüge daraus zu [31]; daher kann sich auch Niemand auf Unkenntniß des Inhalts des Hypothekenbuchs berufen [32].

§ 186.

3. Die Specialität [1].

Abweichend von den Grundsätzen des gemeinen Rechts, welches General- und Specialhypotheken unterscheidet, jenachdem das Pfandrecht sich auf das ganze Vermögen des Schuldners d. h. alle gegenwärtig und künftig zu demselben gehörenden Gegenstände oder nur auf einzelne bestimmte Sachen erstreckt, hat das neuere Hypothekenrecht den Grundsatz der Specialität ausgebildet, wonach eine Hypothek nur durch Eintragung auf bestimmte einzelne Hypothekenobjekte entstehen kann, welchen Grundsatz auch das bayrische Recht angenommen hat [2]. Durch Aus-

---

[29] Vgl. oben § 182, 32 f.

[30] H.G. § 27—29.

[31] H.G. § 24. „Jeder Besitzer einer unbeweglichen Sache, jeder darauf eingetragene Gläubiger, desgleichen jeder Andere, welcher wegen eines mit dem Besitzer oder Gläubiger bestehenden Rechtsverhältnisses ein Interesse glaubhaft nachweiset, kann von denjenigen Stellen des Hypothekenbuches, worauf sich sein Interesse bezieht, Einsicht nehmen, oder auch beglaubigte Auszüge derselben erlangen. Jedem Andern ist ohne Einwilligung des Eigenthümers der Sache die Einsicht nicht zu gestatten." Allgemein ist durch Proz.O. 1869 Art. 1042 den Gerichtsvollziehern das Recht der Einsichtnahme eingeräumt.

[32] H.G. § 25: „Auch kann Niemand die Unwissenheit dessen, was im Hypothekenbuch eingetragen ist, zu seinem Vortheile anführen."

[1] Vgl. Beseler, P.R. § 97. II. Mascher, Hypothekenwesen 636–676. Ueber den Begriff hinsichtlich des Objekts vgl. Z. f. Not. I. 346.

[2] H.G. § 11. „Die Eintragung in das Hypothekenbuch aber kann niemals anders als für eine der Summe nach bestimmte Forderung auf bestimmte Immobilien geschehen. Jede wirklich erworbene Hypothek muß demnach eine Specialhypothek sein." In neueren Hypothekordnungen und so auch in H.G. § 11 wird als Consequenz der Specialität auch die Beschränkung der Eintragung auf eine der Summe nach bestimmte Forderung angeführt. Den gemeinrechtlichen Bestimmungen, welchen der technische Ausdruck entnommen ist, entspricht dieß nicht, da hiernach ein Specialpfand auch für eine der Summe nach unbestimmte Forderung bestellt werden kann. Ueber die Vorschrift selbst vgl. oben § 183, 73 f.

schließung ihrer Eintragung in die Hypothekenbücher [3] ist die Errichtung von Generalhypotheken überhaupt nicht mehr möglich, da ein Hypothekrecht nach bayrischem Recht nur an Immobilien und nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch bestellt werden kann [4], die Generalhypothek in Bayern demnach nicht das ganze Vermögen des Schuldners sondern nur das Vermögen mit Ausnahme der Immobilien umfassen würde [5]. Dieser Grundsatz der Specialität erstreckt sich aber nicht auf den Rechtstitel; dieser kann wie gemeinrechtlich so auch nach bayrischem Recht ein genereller sein, und er ist ein solcher in allen Fällen, in welchen nicht durch Gesetz oder Vertrag der Anspruch auf ein bestimmtes einzelnes Objekt beschränkt ist [6]. Daher kann für eine Forderung auch auf mehreren Objekten des Schuldnes Hypothek bestellt werden, nicht nur getheilt sondern auch ungetheilt (Correalhypothek) [7].

III. Begründung der Hypothek.

§ 187.

1. Das Hypothekenobjekt.

Die Hypothekbestellung setzt nach neuerem Hypothekenrecht ein Objekt voraus, für welches ein Hypothekenfolium eröffnet ist [1]. Dieß

---

[3] Die älteren Hypothekenordnungen ließen ganz gewöhnlich die Eintragung von Generalhypotheken zu, theils in dieser ihrer Eigenschaft mit Beziehung auf das ganze Vermögen des Schuldners, wie z. B. die Hypothekenordnungen mit Personalfolien in Schleswig-Holstein, theils nur mit Beziehung auf die im Gerichtsbezirk gelegenen Immobilien des Schuldners wie dieß noch das hannövrische H.G. 14/12 1864 anordnet Bar, hannövrisches H.R. 16.

[4] H.G. § 21. Vgl. oben § 185, 6 und 8.

[5] Die Beseitigung der Generalhypotheken in Bayern ist übrigens in Prior.O. § 23, 9 allgemein ausgesprochen, indem hier die aus früheren Rechtsgeschäften begründeten Generalhypotheken in der vierten Classe locirt werden.

[6] H.G. § 11: Das Recht, eine Hypothek durch die Eintragung der Forderung zu erlangen, soferne es nicht durch Gesetz oder Vertrag auf bestimmte Immobilien beschränkt ist, erstreckt sich auf das ganze unbewegliche Vermögen des Schuldners. Vgl. unten § 190, 4.

[7] H.G. § 147. Gönner, Comment. II. 264. Förster, P. P.R. § 198, 23. Dürrschmid, zur Lehre von den Verbandhypotheken des deutschen Rechts Augsburg 1856. Vgl. unten § 195, 34 f. Der Ausdruck Verbandhypothek ist nicht technisch; s. Zink, Comment. bei Dollmann, G.G. I. 3. S. 158.

[1] Ueber die Voraussetzungen der Eröffnung eines Hypothekenfoliums vgl. oben § 183, 9.

geschieht nach bayrischem Recht nur für unbewegliche Sachen und solche fruchtbringende dingliche Rechte, welche von den Gesetzen den Immobilien gleich geachtet sind und mit dem Tod des Berechtigten nicht erlöschen [2]. Der Begriff der Unbeweglichkeit ist für das Hypothekenrecht nicht besonders festgestellt, er wird auch für dieses durch die allgemeinen civilrechtlichen Regeln [3] bestimmt. Hypothekenobjekte sind demnach der Grund und Boden mit allen seinen Bestandtheilen [4], nämlich dem, was sich von Natur unter dem Boden befindet [5], was über dem Boden in organischer Verbindung mit ihm steht [6], und was in dem Boden festgebaut ist [7]. Unter den unkörperlichen Sachen sind nach dem bayrischen Hypothekengesetz [8] nur solche fruchtbringende Rechte zu Hypothekenobjekten geeignet, die mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen, und die selbstständig dinglich sind [9]; dahin gehören namentlich Fischereirechte [10], Bodenzinse [11], das Bergeigenthum [12], dingliche Gewerbsrechte [13], früher auch Zehnten [14], dann in dem Rechtsgebiet des gemeinen Rechts die vererblichen dinglichen Nutzungsrechte, nämlich das Platzrecht [15], und früher die im Grundbarkeitsverband stehenden Güter [16],

---

[2] H.G. § 3.

[3] Vgl. darüber oben § 110.

[4] Ueber die Unterscheidung der Bestandtheile und Pertinenzen vgl. oben § 115, 17.

[5] Vgl. oben § 110, 19.

[6] Vgl. oben § 110, 14. Dahin gehören namentlich die Naturalfrüchte bis zu ihrer Trennung oben § 115, 4, und nach H.G. § 33 auch die Civilfrüchte.

[7] Vgl. oben § 110, 15 und unten § 191, 4.

[8] H.G. § 3.

[9] Gönner, Comment. I. 118.

[10] Gönner, Comment. I. 118; ebenso früher das Jagdrecht Gönner, Comment. I. 118, das aber nach neuerem Recht nicht mehr ein selbstständiges Hypothekenobjekt sein kann.

[11] Gönner, Comment. I. 119.

[12] Berggesetz Art. 88. Es bildete dieß schon nach früherem Recht ein Hypothekenobjekt Graf, Comment. III. 2.

[13] Nach früherem Recht war die Verpfändung der Realrechte verboten, durch spätere Gesetze jedoch ausdrücklich gestattet Lehner, H.R. § 22 Nr. 3, Graf, Comment. III. 2. Bekanntlich sind sie durch die neue Gewerbegesetzgebung fast ganz entwerthet, so daß sie zu Hypothekenobjekten kaum mehr dienen werden.

[14] Gönner, Comment. I. 118. Diese sind durch die in dem Ges. 4/6 48 Art. 8 vorgeschriebene Fixation als solche aufgehoben.

[15] Z. f. G.G. R.Pfl. VIII. 76. Nach bayrischem Recht ist der Superficiar

nicht aber Prädialservituten [17] und Hypothekforderungen [18], dann Personalservituten [19] und die mit dem Leben des Berechtigten erlöschenden Reallasten [20]. Voraussetzung ist ferner, daß das Objekt unter einem besonderen Rechtstitel besessen werde [21]; daher können nicht reell getrennte Theile eines Immobiles kein eignes Hypothekfolium erhalten [22], und ebensowenig solche fruchtbringende und dauernde dingliche Rechte, welche aktiv mit einem Immobile verbunden sind, solange diese ihre Verbindung währt [23]. Mobilien und die ihnen gleichstehenden Rechte

---

nicht nutzungsberechtigt, sondern Miteigenthümer oben § 118, 42, nicht aber nach preußischem Recht Förster, P. P.R. § 188, 190 f.

[16] Durch Ges. 4/6 48 ist der Grundbarkeitsverband aufgehoben. Auch für dieses Verhältniß wurde nach bayrischem Recht Miteigenthum angenommen oben § 118, 42, und theilweise stimmte das preußische Recht damit überein oben § 119, 6. Das gleiche gilt nach bayrischem Recht überhaupt für Lehen und Familienfideicommisse oben § 118, 12.

[17] Diesen fehlt die Selbstständigkeit, da sie von dem herrschenden Grundstück nicht getrennt werden können, oben § 162, 36, sie können daher nicht Gegenstand der Hypothekbestellung sein vgl. oben § 162, 13.

[18] Da nach bayrischem Recht die Hypothek nur accessorisch dinglich ist, so kann sie auch nicht als Hypothekenobjekt dienen. Gönner, Comment I. 118 nimmt das gleiche für das Ewiggeld der Stadt München an, weil es ein Mittelding zwischen Rentenkauf und Anlehen sei; diese Motivirung scheint mir der Begründung zu entbehren. Indessen wurde in Bayern das Ewiggeld von jeher mit dem Pfandrecht auf eine Linie gestellt und in der Praxis ist daher die Gönnerische Ansicht angenommen vgl. oben § 178, 14.

[19] Gönner, Comment. I. 120. Diesen fehlt die Voraussetzung daß sie mit dem Tode des Berechtigten nicht erlöschen.

[20] Vgl. oben § 169, 4 und § 171, 25.

[21] Instruktion § 12. I. 1.

[22] H.G. § 120. „Daher werden Gutscomplexe oder Güter mit ihren Zugehörungen nur unter einer Nummer und auf demselben Folium vorgetragen, so lange nur auf dem ganzen Gutscomplex Hypotheken eingetragen werden sollen; wenn sich aber die Partheien darüber vereinigen nur auf einzelne Bestandtheile eines Gutscomplexes oder Zugehörungen eines Gutes eine Hypothek eintragen zu lassen, so erhalten diese Gegenstände eine eigne Nummer und ein eignes Folium in dem Hypothekenbuch.

[23] H.G. § 40. „Von einem Gutscomplex soll ohne Einwilligung der darauf eingetragenen Gläubiger kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden. Ist es aber dennoch geschehen, so kann sich jeder Hypothekgläubiger an das getrennte Grundstück oder Realrecht halten." Vgl. Gönner, Comment. I. 158, wo den radicirten Gewerbegerechtigkeiten, da sie Bestandtheile eines Immobiles sind, die Eigenschaft eines Objekts selbstständiger Hypothekerrichtung abgesprochen ist.

sind nicht Gegenstand selbstständiger Hypothekerrichtung, sondern sie werden nur in ihrer Eigenschaft als Pertinenzen von Hypothekobjekten von den auf diesen eingetragenen Hypotheken ergriffen [24]. Hypothekenobjekte können sowohl unbewegliche als bewegliche Pertinenzen haben, und zwar sowohl gesetzliche als durch Privatdisposition bestimmte [25]. Nur die letzteren bedürfen immer der Eintragung [26]; doch müssen auch gesetzliche Immobiliarpertinenzen im Hypothekenbuch eingetragen werden, wenn sie in einem anderen Gerichtsbezirk als die Hauptsache gelegen sind [27]. Die Pertinenzen werden durch die Vereinigung in der Art Theile der Hauptsache, daß die Rangordnung der auf der Hauptsache eingetragenen Hypotheken auch für sie entscheidet [28]; doch erstreckt sich dieß nicht auf solche Immobiliarpertinenzen, welche vor ihrer Vereinigung mit dem Hauptgut selbstständige Hypothekenobjekte gewesen sind [29], und auf veräußerte Mobiliarpertinenzen, da die Hypothekgläubiger keine Ansprüche gegen den dritten Besitzer geltend machen können [30].

---

[24] H.G. § 34. Erk. 28/4 55 Bl. XXII. 186.

[25] H.G. § 34 und 36. Vgl. oben § 115, 29 f. und 35.

[26] H.G. § 22, 3 „von den Zugehörungen der Sache diejenigen, welche weder Bestandtheile eines Gutscomplexes noch gesetzliche Pertinenzen sind, sondern diese Eigenschaft durch besondere Willenserklärung erhalten haben."

[27] H.G. § 121 oben § 115, 30. Die Meinung von Lehner, H.R. § 23, daß Grundstücke nur dann durch Disposition die Pertinenzeigenschaft erhalten können, wenn sie in demselben Gerichtsbezirk wie die Hauptsache liegen, ist schon oben § 115, 29 widerlegt. Vgl. auch J. M. E. 22/12 58 Z. f. G.G. V. 425 und Graf Comment. III. 71.

[28] Erk. 28/4 55 Bl. XXII., 186, 15/9 68 und 21/12 68 Bl. XXXIV. 128 und 191 ist dieß zunächst bezüglich der Mobiliarpertinenzen ausgesprochen; es gilt aber auch für Immobiliarpertinenzen, insoferne sie auf demselben Folium vorgetragen werden können, da die eingetragenen Hypotheken alle auf dem Hypothekfolium vorgetragenen Gegenstände umfassen H.G. § 33.

[29] H.G. § 36. „Werden mit dem Hauptgut unbewegliche Pertinenzstücke vereinigt, welche vorher als selbstständige Sachen ein besonderes Folium im Hypothekenbuch hatten und worauf schon Hypotheken eingetragen sind, so haben die Hypothekgläubiger des Hauptgutes darauf keine Rechte, vielmehr ist in diesem Fall das Pertinenzstück unter einem besonderen Folium im Hypothekenbuch fortzuführen."

[30] H.G. § 35. „Sind bewegliche Zugehörungen veräußert worden, so hat der Hypothekgläubiger gegen den dritten Besitzer derselben keinen Anspruch."

§ 188.

2. Dispositionsbefugniß des Eigenthümers.

Zur rechtsgültigen Entstehung einer Hypothek ist erforderlich, daß der Schuldner, gegen welchen die im Hypothekenbuch einzutragende Forderung gerichtet ist, nach dem Vortrag in der II. Rubrik die Hypothek zu bestellen befugt sei. Nur der in der II. Rubrik als solcher eingetragene Eigenthümer kann gültig eine Hypothek auf die betreffende Sache bestellen, und nur die gegen ihn gegebenen gesetzlichen Rechtstitel können Veranlassung zu einer gültigen Hypothekbestellung auf der betreffenden Sache geben. Die Eintragung des Eigenthümers oder wie das Hypothekengesetz ihn auch benennt des Besitzers in die II. Rubrik ist nicht als nothwendige Form der Eigenthumsübertragung aufzufassen [1], sie hat nur die Bedeutung einer Legitimation für die mit dem Hypothekenwesen in Verbindung stehenden Rechtsgeschäfte [2]. Für diese ist jeder, der in der II. Rubrik als Eigenthümer vorgetragen ist, als legitimirt anzusehen, auch wenn er in Wirklichkeit zur Zeit der Eintragung nicht Eigenthümer war, oder wenn sich seine Eintragung als Eigenthümer nachträglich als nicht gerechtfertigt herausstellt, und die auf Grund dieser Legitimation geschehenen Einträge sind für dritte, welche Rechte darauf begründen, rechtswirksam [3]. Voraussetzung der rechtswirksamen Eintragung einer Forderung im Hypothekenbuch ist aber nicht nur, daß zur Zeit der Eintragung der Schuldner in der II. Rubrik als Eigenthümer vorgetragen sondern auch daß er nach diesem Vortrag zu verfügen befugt sei, da auf einer Sache, worüber der Besitzer zu verfügen nicht befugt ist, nur mit Einwilligung der Betheiligten eine Hypothek erlangt werden kann [4]. Als dispositions-

[1] Vgl. oben § 136, 49 und § 185, 4. Gönner, Comment. I. 279. Lehner, H.A.O. § 100. Nr. 4. Völderndorff in Bl. XVI. 406. Erk. 15/5 66 Bl. XXXII. 134 und 9/8 70 Bl. XXXVI. 23. Es ergiebt sich dieß schon daraus, daß nach H.G. § 120 nicht für jedes Immobile ein Hypothekenfolium eröffnet wird, daß dieß vielmehr nur aus besonderer Veranlassung geschieht, und zwar wenn entweder der Eigenthümer den Antrag stellt oder wenn ein Recht angemeldet wird, dessen Sicherstellung durch Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt ist. Gönner, Comment. II. 172, Lehner, H.A.O. § 41 Nr. 1. Vgl. oben § 183, 9.

[2] H.G. § 26, 1. Vgl. oben § 183, 60 und § 185, 15.

[3] Vgl. oben § 185, 15.

[4] H.G. § 3.

fähig in diesem Sinn erscheint aber jeder in der II. Rubrik vorgetragene Eigenthümer für den sich nicht aus dem Vortrag in dem Hypothekenbuch [5] eine Dispositionsbeschränkung ergiebt. Eine solche Beschränkung kann beruhen entweder auf der rechtlichen Beschaffenheit der Sache [6], oder auf persönlicher Dispositionsbeschränkung des Schuldners [7], oder auf entgegenstehenden Rechten Dritter [8], und kann durch Gesetz, richterliche Verfügung oder Vertrag begründet sein.

Die Dispositionsbeschränkungen haben nicht alle die gleiche Wirkung, sie sind vielmehr zu unterscheiden, jenachdem sie jeder oder nur der freiwilligen Hypothekbestellung entgegen stehen.

A. Allgemeine Dispositionsbeschränkungen. Als solche kommen in Betracht:

I. Rechtliche Beschaffenheit der Sache. Lehen, Familienfideicommisse und landwirthschaftliche Erbgüter sind durch diese ihre Eigenschaft der freien Disposition des Inhabers entzogen, und können nur unter den in den betreffenden Specialgesetzen bestimmten Voraussetzungen mit einer Hypothek belastet werden [9]; die besondere Eigenschaft des betreffenden Objektes muß daher im Hypothekenbuch in der I. Rubrik eingetragen werden [10]. Zur freiwilligen Verpfän-

---

[5] In dem Hypothekenbuch werden nur solche Dispositionsbeschränkungen besonders bemerkt, welche sich auf das betreffende Hypothekenobjekt und die Dispositionsbeschränkungen einer handlungsfähigen Person beziehen, dagegen nicht solche Verhältnisse, welche die Handlungsfähigkeit des Eigenthümers als Rechtssubjekt beschränken z. B. Minderjährigkeit oder Curatelbestellung Bez.G. Erk. 15/9 68 Z. f. Not. V. 296; Bl. VIII. 92; Gönner, Comment. II. 205; Graf, Comment. III. 44. Nicht alle Dispositionsbeschränkungen bedürfen übrigens der speciellen Eintragung in der II. Rubrik, es können sich solche auch aus dem Vortrag in der I. Rubrik ergeben, wie bei den aus der rechtlichen Beschaffenheit der Sache folgenden Beschränkungen Gönner, Comment. I. 264, oder sie können als rechtliche Consequenz eines anderen Eintrags in der II. Rubrik erscheinen, wie bei dem Miteigenthum und den Einwirkungen des gesetzlichen ehelichen Güterrechts Gönner, Comment. I. 264.

[6] Dieß liegt vor bei der für Lehen, Familienfideicommisse und landwirthschaftliche Erbgüter begründeten Beschränkung.

[7] Eine solche ist gegeben bei richterlichem Distraktionsverbot.

[8] Unter diesen Gesichtspunkt fallen alle anderen hier in Betracht kommenden Dispositionsbeschränkungen.

[9] H.G. § 8. Erbgütergesetz 22/2 55 Art. 8.

[10] H.G. § 22, 2 und § 131. Erbgütergesetz Art. 3 Nr. 3. Vgl. oben § 183, 15 f.

dung von Lehen ist lehensherrlicher Consens erforderlich, der nur auf bestimmte Zeit und nur bis zur Hälfte des Werths ertheilt wird [11]; außerdem ist Consens der Lehensfolger erforderlich [12]. Zur Verpfändung von Fideicommißgütern ist immer Genehmigung des competenten Gerichts und jenachdem eine Fideicommißschuld erster oder zweiter Classe constituirt werden soll Vernehmung oder Zustimmung der Anwärter erforderlich [13]. Zur Verpfändung landwirthschaftlicher Erbgüter ist Zustimmung der vorhandenen Anerben erforderlich, insoferne die Verfügung den durch das Gesetz bestimmten Werthbetrag überschreitet [14].

II. Gesetzliche Dispositionsbeschränkung. Ist eine Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars angetreten, so kann, wenn dieser Umstand in der II. Rubrik eingetragen ist [15], auf den dazu gehörigen Immobilien keinerlei Eintragung zum Nachtheil der Erbschaftsgläubiger vorgenommen werden [16]. Diese Dispositionsbeschränkung erstreckt sich auf die gegen die Erbmasse begründeten gesetzlichen Hypothekentitel [17], den gesetzlichen Hypothektitel der Legatare und

---

[11] Vgl. unten § 214, 11.

[12] Vgl. unten § 214, 13.

[13] Fid. Ed. § 52. 57. 61.

[14] Erbgütergesetz 22/2 55 Art. 6. Die im H.G. § 12 aufgeführten gesetzlichen Rechtstitel können hiernach gegen Erbgüter nicht geltend gemacht werden.

[15] Lehner, H.R. § 42, 5 und § 170. Sind die Objekte auf den Beneficialerben ohne Erwähnung dieses Umstandes umgeschrieben, so steht ihm freie Verfügung zu. Nicht begründet scheint mir die Meinung von Lehner, H.R. § 42 Nr. 1, daß, solange die Erbschaft nicht angetreten sei, eine Hypothek auf den dazu gehörigen Immobilien überhaupt nicht eingetragen werden könne, da die H.G. § 109 und 110 vorgeschriebene Vernehmung des Schuldners bei der Eintragung auf Grund gesetzlicher Rechtstitel durch Vernehmung des Vertreters der ruhenden Erbschaft ersetzt wird. Auch Gönner, Comm. I. 559 hält die Eintragung von Hypotheken aus gesetzlichen Titeln bei ruhender Erbschaft nicht für zuläßig, weil ungewiß sei, ob nicht Concurs ausbrechen werde.

[16] H.G. § 75: Nach dem Antritt einer Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars kann wegen Schulden einer Erbschaft auf die zu derselben gehörigen Immobilien eine Hypothek zum Nachtheil der übrigen Erbschaftsgläubiger nicht mehr eingetragen werden; wäre sie aber dennoch eingetragen, so verliert sie in Ansehung der Erbschaftsgläubiger alle Wirkung, wenn die Erbschaftsmasse zur Befriedigung sämmtlicher Erbschaftsgläubiger nicht zureicht.

[17] Sie ist auf diese zu beschränken, da freiwillige Hypothektitel für den Erblasser nach seinem Tod überhaupt nicht entstehen können. Dagegen steht der Verwandlung der bei seinen Lebzeiten vollzogenen Vormerkungen in Eintragung nichts entgegen, wenn die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Lehner, H.R. § 42 Nr. 6.

Gläubiger der Erbschaft [18], und die gesetzlichen und freiwilligen gegen den Beneficialerben begründeten Hypothektitel [19]. Die gegen diese Bestimmung vorgenommene Eintragung ist nicht absolut nichtig, sondern sie verliert nur ihre Wirksamkeit, wenn die Erbschaftsmasse zur Befriedigung aller Gläubiger nicht hinreicht [20].

III. Richterliches Veräußerungsverbot. Mit Eröffnung des Concurses verliert der Gemeinschuldner die Disposition über sein Vermögen, und jede dem widersprechende Verfügung kann von den Gläubigern angefochten werden [21]. Das Distraktionsverbot ist mit der Verkündung des Ganterkenntnisses gegeben [22], welches der Gantcommissär zum Zweck der Eintragung dem Hypothekenamt im Auszug zu übersenden hat [23]. In gleicher Weise wird bei Beschlagnahme zum Zweck der Zwangsveräußerung das Beschlagnahmprotokoll dem Hypothekenamt behufs der Einschreibung in Abschrift mitgetheilt [24]. Die Eintragung des als Vorsichtsverfügung ausgesprochenen gerichtlichen Verbots der Veräußerung oder weiteren Belastung unbeweglicher Güter hat der Implorant selbst zu veranlassen [25]. Nach Einschreibung des Veräußerungsverbots kann weder Eintragung noch Vor-

---

[18] Diese haben nach H.G. § 12 Nr. 8 einen gesetzlichen Hypothektitel.

[19] Für diese sind die Bestimmungen H.G. § 75 analog anwendbar Lehner, H.R. § 66.

[20] H.G. § 75 oben Note 16.

[21] G.O. XIX. 19. Nr. 4. Proz.O. Art. 1208. Lehner, Prior.O. § 66.

[22] Proz.O. Art. 1208. Nach älterem Verfahren wurde ein besonderes Veräußerungsverbot erlassen, und es konnte der Concurs auch ohne Ganterkenntniß eröffnet werden, wenn der Schuldner dem Concursverfahren sich freiwillig unterwarf. Lehner, Prior.O. § 72. I.

[23] Proz.O. Art. 1202.

[24] Proz.O. Art. 1046.

[25] Proz.O. Art. 625. „Das Verbot der Veräußerung und weiteren Belastung unbeweglicher Güter wird dadurch vollstreckt, daß der Implorant dasselbe in der gesetzlich vorgeschriebenen Weise in das Hypothekenbuch eintragen und davon, daß dies geschehen, der Gegenpartei durch Gerichtsvollzieherakt unter Zustellung der erlassenen Vorsichtsverfügung Mittheilung machen läßt. Diese Mittheilung muß spätestens innerhalb acht Tagen — falls sie in einem anderen Bezirksgerichtssprengel als demjenigen, wo der Eintrag erfolgt ist, zu geschehen hat, spätestens innerhalb fünfzehn Tagen — vom Tage des Eintrags in das Hypothekenbuch erfolgen. Die Güter, auf welche sich das Verbot erstreckt, müssen in der Vorsichtsverfügung einzeln beschrieben und der Eintrag im Hypothekenbuch muß so beschaffen sein, daß sie aus letzterem ersichtlich sind."

merkung einer Hypothek auf dem betreffenden Folium gültig vollzogen werden [26].

IV. Entgegenstehende Rechte Dritter. Diese können mit dem Eigenthumserwerb selbst gegeben oder unabhängig davon constituirt sein.

1. Rechte Dritter die mit dem Erwerbstitel gegeben sind. Dahin sind zu rechnen:

a. Der Eigenthumsvorbehalt. An sich ist es bestritten, welche Wirkung dieser Vereinbarung zukomme, indem ihr im Zweifel die einen die Bedeutung einer Suspensivbedingung die andern die einer Resolutivbedingung beilegen [27]. Für das Hypothekenrecht kann überhaupt nur der Eigenthumsvorbehalt in dem letzteren Sinne in Betracht kommen, da die Suspendirung des Eigenthumsübergangs zugleich die der Umschreibung auf den neuen Erwerber zur Folge haben müßte, und damit also jede Veranlassung beseitigt wäre, an dem Vortrag in der II. Rubrik etwas zu ändern [28]. Nach den Bestimmungen des bayrischen Hypothekengesetzes kommt er aber in doppelter Form vor nämlich:

---

[26] H.G. § 73. „Mit dem Eintritt und der gehörigen Bekanntmachung des gerichtlichen Verbots an das Hypothekenamt, welches dasselbe an dem gehörigen Ort einzuschreiben hat, sollen weder Eintragungen noch Vormerkungen in das Hypothekenbuch mehr statt haben." Proz.O. Art. 1050. „Alle nach Vormerkung der Beschlagnahme im Hypothekenbuch hinsichtlich der betreffenden Sachen von dem Schuldner abgeschlossenen Verträge oder sonst getroffenen Verfügungen, welche die Gläubiger beeinträchtigen, sind nichtig." Art. 1210. „Alle von dem Gantschuldner nach Verkündung des Ganterkenntnisses vorgenommenen Rechtshandlungen, welche sich auf die Gantmasse beziehen, insbesondere eingegangene Verbindlichkeiten, geleistete Zahlungen, eingeräumte Hypotheken und sonstige Vorzugsrechte, ferner Veräußerungen, Befreiungen und Entsagungen sind, soweit das Gesetz nicht anders bestimmt, der Gläubigerschaft gegenüber nichtig. Alle am Tage der Verkündung des Ganterkenntnisses von dem Gantschuldner vorgenommenen Rechtshandlungen gelten bis zum Beweise des Gegentheils als nach der Ganteröffnung geschehen."

[27] Vgl. oben § 136, 67—70.

[28] Der Vorbehalt des Eigenthums als Suspensivbedingung gedacht, schließt die Umschreibung des Objekts auf den Erwerber aus, weil ja vertragsmäßig der Veräußerer bis zur Erfüllung der Bedingung Eigenthümer bleiben will Graf, Comment. III. 4. Das gleiche Verhältniß liegt vor bei Baarkauf vor erfolgter Zahlung, indem hier die Umschreibung auf den Käufer wie der Eigenthumsübergang von der Zahlung bedingt ist Lehner, H.R. § 35. In beiden Fällen erscheint daher nur der Verkäufer im Hypothekenbuch legitimirt.

aa. Als Vorbehalt des Hypothekgläubigers. Der Verkäufer kann sich für den Betrag seiner Forderung hinsichtlich des Kaufpreises Hypothek bestellen lassen und zugleich die Eintragung des Eigenthumsvorbehalts in die II. Rubrik beantragen [29], was jedoch nur eine Dispositionsbeschränkung des Eigenthümers bezüglich der Bestellung von Hypotheken aber weder einen Anspruch auf Auflösung des Geschäfts noch ein Separationsrecht im Concurs gewährt [30]. Das gleiche Verfahren wird beobachtet, wenn bei anderen Veräußerungen und Gutsübergaben Eigenthumsvorbehalte zur Sicherstellung einer Forderung gemacht werden [31].

---

[29] H.G. § 15: Der bei Veräußerung einer Sache bedungene Vorbehalt des Eigenthums zur Sicherstellung des rückständigen Kaufpreises berechtigt den Gläubiger dafür auf die veräußerte Sache eine Hypothek eintragen zu lassen. H.G. § 137: Hat sich der Verkäufer für den Rückstand am Kaufschilling das Eigenthum oder bei der Güterübergabe für seine Person Alimente vorbehalten, oder sind statt des Kaufschillings bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen bedungen worden, so müssen diese Forderungen unter den Hypotheken eingetragen werden. H.G. § 5: „Hat sich jemand bei Veräußerung einer Sache zur Sicherstellung einer Forderung das Eigenthum vorbehalten, so ist dessen Einwilligung bei Bestellung nachfolgender Hypotheken nur dann nothwendig, wenn er den Vorbehalt des Eigenthums in dem Hypothekenbuch hat eintragen lassen." Der Entwurf des H.G. hatte dem Verkäufer zur Sicherstellung rückständiger Leistungen nur das Recht Hypothekbestellung zu beantragen gewährt, und hatte jede Dispositionsbeschränkung des Käufers ausgeschlossen; in der Berathung wurde jedoch die letztere in der im § 5 bestimmten Form angenommen. Gönner, Comment. I. 132 war ursprünglich der Meinung, daß der Vorbehalt des Eigenthums zur Sicherstellung einer Forderung nur entweder nach H.G. § 15 als Hypothek in die III. oder nach H.G. § 5 als Dispositionsbeschränkung in die II. Rubrik eingetragen werden könne, da beides zugleich nicht zuläßig sei, und diese Meinung hat sich auch in der Praxis Geltung verschafft A. E. 10/2 32 Bl. XIII. 222; allein er hat später seine Meinung geändert, und Comment. II. 230 und 238 zugestanden, daß auch bei Hypothekbestellung auf ausdrückliches Verlangen des Gläubigers der Eigenthumsvorbehalt als Dispositionsbeschränkung in die II. Rubrik eingetragen werden könne, wie dieß auch Instruktion § 24, a ausdrücklich ausgesprochen ist und jetzt allgemein anerkannt wird Lehner, H.A.O. § 68, Zu Rhein Beiträge III. 365, Graf, Comment. III. 5. Nach J. M. R. 26/7 64 III. J. M. Bl. 219 wird dieser Eintrag in die II. Rubrik nur auf den ausdrücklichen Antrag des Veräußeres vollzogen.

[30] Erk. 15/1 53 Bl. XVIII. 153; 1/5 66 Bl. XXXI. 345; 8/6 68 Bl. XXXIII. 412; Graf, Comment. III. 7. Die entgegengesetzte Meinung ist ausgeführt Z. f. Not. III. 357 f. und Bl. XXXIV. 385 f.

[31] J. M. R. 26/7 64. III: Auf Eigenthumsvorbehalte, welche bei anderen

bb. Als Stipulation eines Rückfallsrechtes, wenn der Veräußerer zur Sicherung seiner Forderung sich unter Verzicht auf die Hypothekbestellung auf Eintragung des Eigenthumsvorbehalts in der II. Rubrik beschränkt [32], oder wenn der Eigenthumsvorbehalt aus anderen Gründen und zu anderen Zwecken als zur Sicherung einer Forderung beigesetzt wird [33], in welchem Fall der Reservant außer der Dispositionsbeschränkung des Schuldners ein Separationsrecht im Concurs anzusprechen hat [34].

Diese Stipulation bewirkt eine allgemeine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich aller Hypotheken [35].

b. Der Eigenthumsrückfall. Fideicommissarische Substitutionen oder Resolutivbedingungen, wornach mit Eintritt einer bestimmten Zeit oder einer bestimmten Thatsache das Eigenthum des Objekts auf einen Dritten übergehen soll, bewirken, wenn sie in der II. Rubrik vorgetragen sind [36], eine Dispositionsbeschränkung bezüglich der Eintragung aller Hypotheken [37].

c. Das Miteigenthum. Die Frage, ob, wenn ein Hypothekenobjekt in dem ungetheilten Miteigenthum mehrerer Rechtssubjekte steht, der einzelne auf seinem ideellen Antheil eine Hypothek errichten könne, ist in unserem Hypothekengesetz nicht entschieden. Die Meinungen in dieser Frage sind getheilt und zwar sowohl in der Theorie [38] als in

---

Veräußerungen und Gutsübergaben zur Sicherstellung einer Forderung gemacht werden, findet das was vom Verkauf bestimmt ist gleichfalls Anwendung.

[32] Erk. 1/5 66 Bl. XXXI. 345 und Z. A. B. VI. 252.

[33] J. M. R. 26/7 64 III. J. M. Bl. 220. Auch hier wird der Vorbehalt nur in die II. Rubrik eingetragen.

[34] Prior.O. § 8. Nr. 2. Erk. 21/11 37 Bl. IV. 319; 1/5 66 Bl. XXXI. 345. Graf, Comment. III. 7.

[35] H.G. § 5. Gönner, Comment. I. 132.

[36] H.G. § 22, 7 und § 136, 4.

[37] Lehner, H.R. § 43 und H.A.O. § 73.

[38] Für die Zuläßigkeit spricht sich aus Gönner, Comment. I. 125 und II. 40 e, indem er bei dem Miteigenthum im eigentlichen Sinn (Condominium) die Zuläßigkeit der Eintragung auf den Antheil jedes Betheiligten annimmt, da jeder die Theilung der gemeinschaftlichen Sache verlangen könne. Das gleiche mit denselben Worten findet sich bei Lehner, H.R. § 28, und beide halten nur bei dem von ihnen statuirten Gesammteigenthum die Einwilligung aller Betheiligten für erforderlich. Ueber den von diesen Schriftstellern mit diesem Ausdruck verbundenen Begriff vgl. oben § 120, 15. Der letztere modificirt jedoch H.R. § 166 seine Ansicht, indem er bei der communio pro diviso, mit welchem

der Praxis [39]. Für die verneinende Ansicht ist anzuführen, daß nach der Bestimmung des Gesetzes eine Hypothek nur auf einem Objekt bestellt werden kann für welches ein eignes Hypothekenfolium eröffnet ist, in der Art, daß sie die ganze Sache ergreift [40], und daß, wenn die Wirkung der Hypothek nur auf einzelne Bestandtheile einer Sache beschränkt werden soll, diese vor allem ausgeschieden werden müssen [41]. Es kann daher an einem im Miteigenthum stehenden Hypothekenobjekt nur gegenüber sämmtlichen Miteigenthümern und nur auf das ganze Objekt eine Hypothek errichtet werden [42].

Ausdruck er wie oben § 120, 15 gezeigt das gemeinrechtliche Miteigenthum bezeichnet, nur dann dem einzelnen Miteigenthümer das Recht der einseitigen Hypothekbestellung einräumt, wenn sein Antheil ausgeschieden und im Hypothekenbuch benannt sei. Dagegen nimmt Jungermann, Handbuch 167 an, daß der Miteigenthümer nur dann das Recht der einseitigen Hypothekbestellung habe, wenn sein Antheil ausgeschieden und dafür nach H.G. § 120 ein eignes Hypothekenfolium angelegt sei, spricht also bei ungetheiltem Miteigenthum dem einzelnen das Recht einseitiger Hypothekerrichtung ab.

[39] Die A. E. 15/2 41 und 12/3 41 Bl. VI. 270 geben dem Miteigenthümer die Befugniß der Hypothekbestellung auf seinem ideellen Antheil, indem sie sich lediglich auf die gemeinrechtlichen Grundsätze namentlich l. 3. Cod. 4. 52 stützen. Dagegen sprechen die A. E. 29/2 56 und 6/7 57 Arends V. 184 aus, daß die Bestellung einer Hypothek auf dem ideellen Antheil eines Hypothekenobjekts den Grundsätzen des bayrischen Hypothekenrechts widerstreite.

[40] H.G. § 33. „Die Hypothek als dingliches Recht erstreckt sich auf die ganze Sache und auf alle Theile, sowie auf Zuwachs und Zugehörungen derselben, folglich auch auf die Früchte, solange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind."

[41] H.G. § 120 .... „wenn sich aber die Partheien darüber vereinigen, nur auf einzelne Bestandtheile eines Gutscomplexes oder Zugehörungen eines Gutes, eine Hypothek eintragen zu lassen, so erhalten diese Gegenstände eine eigene Nummer und ein eigenes Folium in dem Hypothekenbuche, insoferne nicht schon auf dem ganzen Gutscomplexe oder Gute nebst Zugehörungen Hypotheken bestellt sind, in welchem Falle die Bestimmungen des § 40 eintreten."

[42] Jedenfalls kann die von Gönner aufgestellte Unterscheidung des wahren Miteigenthums und des Gesammteigenthums, deren Richtigkeit ich oben § 120 überhaupt bestreite, für die Bestimmung der Dispositionsbefugniß nicht entscheiden. Wie oben § 120, 17 f. nachgewiesen könnte das, was ältere Schriftsteller mit dem Ausdruck Gesammteigenthum bezeichnen, nach bayrischem Recht nur bei der allgemeinen Gütergemeinschaft vorkommen; bei dieser richtet sich aber die Dispositionsbefugniß nach den für dieses Institut geltenden besonderen Rechtssätzen vgl. unten Note 51 f. Das oben gesagte gilt daher nur für die anderen Fälle des Miteigenthums. In anderen Hypothekengesetzen ist die Zu-

2. Rechte Dritter die auf besonderer Bestellung beruhen. Hieher sind zu rechnen:

a. Das Rückkaufsrecht. Hat sich der Verkäufer das Rückkaufsrecht vorbehalten und dasselbe in der II. Rubrik eintragen lassen, so ist zu jeder weiteren Hypothekbestellung seine Einwilligung erforderlich [43].

b. Das Nutznießungsrecht. Bestellung eines Nutznießungsrechtes an dem Hypothekenobjekt bewirkt von der Zeit der Eintragung in die II. Rubrik an eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der Eintragung der auf die Früchte sich erstreckenden neuen Hypotheken [44].

---

läßigkeit der Hypothecirung eines ideellen Theils anerkannt, so Pr. L.R. I. 17. 69, Förster, P. P.R. § 182, 64 und § 192, 19, Preußisches Gesetz 1872. I. § 21; Württembergisches Pf.Ges. Art. 9, Reyscher, württembergisches Pr.R. § 311, 13; Sächsisches Pf.G. § 54 und B.G.B. § 388; Hessen-Darmstädtisches Hyp.Ges. Art. 9. Dagegen ist in diesen Gesetzen dem Gläubiger auch nur das Recht eingeräumt, den ihm verpfändeten Antheil nicht die ganze Sache zum Verkauf zu bringen, wie dieß auch dem gemeinen Recht entspricht oben § 120, 50, Pr. L.R. I. 17. 74, Seeger, Erläuterungen des Württembergischen Pfandgesetzes I. 87, Müller, Pfandrecht nach hessischem Gesetz 187. Nur das sächsische B.G.B. § 424 giebt auch dem Gläubiger, dem ein ideeller Antheil verpfändet ist, das Recht auf Zwangsversteigerung der ganzen Sache anzutragen. Diese von dem gemeinen Recht abweichende Bestimmung hat Entwurf III. 382 nicht aufgenommen, sondern er giebt dem Hypothekgläubiger nur das Recht auf Theilung anzutragen. „Ist die Hypothek auf den Bruchtheil einer Liegenschaft beschränkt, so ist der Gläubiger ohne besondere Ermächtigung des Eigenthümers nicht befugt diesen Antheil zur Zwangsversteigerung zu bringen. Er kann statt dessen in demselben Maß wie der Theileigenthümer selbst die Theilung der Gemeinschaft verlangen." Nach unserem gegenwärtigen Hypothekengesetz kann der Hypothekgläubiger, der die dingliche Klage stellt, Befriedigung nur durch Verkauf der ganzen Sache oder Immission in dieselbe suchen H.G. § 51; Subhastation eines Quotentheils kennt unser Hypothekengesetz nicht. Die Behauptung, daß auf einem ideellen Theil eines Objektes eine Hypothek errichtet werden könne, setzt also nach bayrischem Recht voraus, daß für eine Hypothek an einem ideellen Theil die Subhastation der ganzen Sache angesprochen werden könne, ein Rechtssatz, der durch ein besonderes Gesetz wie in Sachsen erst eingeführt werden müßte, während Proz.O. Art. 858 gerade das Gegentheil bestimmt.

[43] H.G. § 5. „Bei dem Vorbehalt eines Rückkaufsrechtes, soferne solches nicht unter den Beschränkungen der Disposition des Besitzers in dem Hypothekenbuche vorgemerkt ist, wird die Einwilligung des Rückkaufsberechtigten zur Bestellung nachfolgender Hypotheken nicht erfordert.

[44] H.G. § 5. „Auch wird die Einwilligung dessen, welchem die Nutznießung einer Sache auf bestimmte Jahre oder auf Lebenszeit zusteht, zu einer Hypothek auf die Substanz nicht erfordert, sie erstreckt sich jedoch, so lange die Nutznießung

B. Beschränkung der freiwilligen Hypothekbestellung. Eine Dispositionsbeschränkung kann auch in der Art begründet sein, daß sie nur bezüglich der freiwilligen Hypothektitel gegeben ist, während sie der Eintragung von Hypotheken auf Grund gesetzlicher Titel nicht entgegensteht. Dieß liegt vor:

I. Bei allgemeiner Gütergemeinschaft und zwar: 1. Während der Ehe. Der gesetzliche Güterstand der allgemeinen Gütergemeinschaft kann zu einer Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der Hypothekerrichtung Veranlassung geben, welche sich indessen nur auf die Bestellung freiwilliger Hypotheken erstreckt [45]. Die in Bayern zur Zeit geltenden Statuten der allgemeinen Gütergemeinschaft repräsentiren drei Classen der Regelung der Dispositionsbefugniß bezüglich der Bestellung von Hypotheken an gemeinsamen Immobilien, nämlich die der freien Verfügung des Ehemannes [46], der Disposition mit gesammter Hand [47] und der reclamatio uxoria [48]. Nur bei den beiden letzteren Formen liegt eine für die Hypothekenverhältnisse zu berücksichtigende Dispositionsbeschränkung vor [49], und es geben daher nur diese Veranlassung zur Eintragung im Hypothekenbuch [50]. Die Dispositionsbeschränkung in dem ersten Fall erstreckt sich auf alle freiwilligen Hypotheken, so daß eine solche auf den zu dem gemeinsamen Vermögen gehörenden Immobilien nur von beiden Eheleuten vereinigt errichtet werden kann [51]. Dagegen ist in dem zweiten Fall weder die Einwilligung

---

dauert, auf die Früchte nicht." Das gleiche gilt von der Personalservitut des Wohnungsrechts Bl. XXV. 385, Erk. 22/3 50 ebenda 389.

[45] H.G. § 96 „wohin ... die Einwilligung .... der in Gütergemeinschaft stehenden Eheleute .. bei einer auf Privatwillen beruhenden Hypothek auf ... in der ehelichen Gütergemeinschaft begriffene Güter ... gehört." Vgl. Gönner, Comment. II. 214, e.

[46] Vgl. oben § 61, 18—22.

[47] Vgl. oben § 61, 16, 23—29 und 47.

[48] Vgl. oben § 61, 30—32.

[49] Die ausschließliche Dispositionsbefugniß des Ehemannes, welche in den Note 46 erwähnten Statuten ausgebildet ist, giebt nach dem oben Note 5 aufgeführten nicht Veranlassung zur Eintragung einer Dispositionsbeschränkung, da sie auf einer allgemeinen Beschränkung der Handlungsfähigkeit der Ehefrau beruht s. Gönner, Comment. II. 213, c.

[50] Vgl. oben § 154, 38 und 39.

[51] Vgl. oben § 61. II.

der Frau formell vorgeschrieben [52], noch erstreckt sich das Reclamationsrecht auf alle freiwilligen Hypotheken [53].

2. Nach Auflösung der Ehe. Die bayrischen Statuten haben für dieses Verhältniß drei Formen, nämlich das Alleinerbrecht des überlebenden Ehegatten [54], die fortgesetzte Gütergemeinschaft [55], und die Abtheilung mit Beisitz [56]. Nur die beiden letzteren begründen eine Dispositionsbeschränkung, da bei der ersteren dem überlebenden Ehegatten die freie Disposition über das gesammte Vermögen zusteht [57]. Diese Dispositionsbeschränkung geht dahin, daß der überlebende Ehegatte bei der Hypothekerrichtung an die Zustimmung der Kinder gebunden ist [58].

II. Bei partikulärer Gütergemeinschaft bezüglich der zum gemeinsamen Vermögen gehörenden Immobilien, über welche nach einzelnen Statuten die Ehegatten nur gemeinsam verfügen können [59].

III. Vertragsmäßige Dispositionsbeschränkung. Diese kann beruhen:

1. Auf der Dosbestellung. Nach gemeinem Recht [60] können unbewegliche Dotalsachen, solange diese ihre Eigenschaft währt, nicht ver-

---

[52] Irrthümlich ist die Annahme von Lehner, H.R. § 30. VIII. daß nach Würzburger Recht eine Hypothek nur mit Einwilligung der Frau gültig bestellt werden könne; die einseitige Hypothekbestellung begründet nur ein Reclamationsrecht, welches binnen 6 Wochen ausgeübt werden muß, vgl. oben § 64, 35. Dieser Termin ist in Folge des Publicitätsprincips vom Tag der Eintragung an als laufend zu erachten; die Zustimmung der Ehefrau dagegen schließt die Anfechtung aus oben § 61, 34.

[53] Es ist ausgeschlossen in den Fällen, wo nach der gesetzlichen Bestimmung der Ehemann selbstständig handeln kann vgl. oben § 61, 41 f.

[54] Vgl. oben § 65.

[55] Vgl. oben § 64.

[56] Vgl. oben § 63.

[57] Vgl. oben § 65, II.

[58] Dieß ist bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft gesetzlich bestimmt oben § 64, 9; bei der Abtheilung mit Beisitz ergiebt sich dieß daraus, daß bis zu vollzogener Abtheilung der überlebende Ehegatte über die zu dem gemeinsamen Vermögen gehörenden Gegenstände nicht verfügen kann. Indessen erscheint es hier genügend, wenn er durch die Kinder zur Disposition ermächtigt wird, indem so das Interesse der letzteren gewahrt ist.

[59] Vgl. oben § 58, 66 und 67.

[60] Ueber die Anwendung des gemeinen Dotalrechts in Bayern vgl. oben § 56, 2—15. Ueber die Statuten, in welchen dem Ehemann nur ein Verwaltungsrecht an der Dos eingeräumt ist vgl. oben § 56, 37.

äußert werden [61]; daher ist auch die Hypothekbestellung auf ihnen ausgeschlossen, jedoch nicht die auf Grund gesetzlicher Hypothektitel, da das Gesetz nur die freiwillige Veräußerung verbietet [62].

2. Auf vertragsmäßiger Gütergemeinschaft. Da die Vereinbarung der allgemeinen Gütergemeinschaft der Ehegatten als Einführung des gemeinrechtlichen Instituts der allgemeinen Gütergemeinschaft auszulegen ist [63], so kann, wenn diese Stipulation getroffen ist, den gemeinrechtlichen Grundsätzen [64] entsprechend die Disposition über die Immobilien der Ehegatten daher auch die Bestellung freiwilliger Hypotheken nur mit gesammter Hand geschehen.

3. Auf einem Hypothecirungsverbot. Der Eigenthümer kann sich vertragsmäßig verpflichten [65] ohne Einwilligung des anderen Contrahenten keine weitere Hypothekbestellung vornehmen zu wollen. Eine derartige Vereinbarung hindert, wenn sie in das Hypothekenbuch eingetragen ist, jede einseitige Hypothekbestellung auf Grund eines freiwilligen Rechtstitels [66].

4. Auf einem partikulären Erbvertrag. Nach bayrischem Landrecht kann ein partikulärer Erbvertrag gültig abgeschlossen werden [67], und bewirkt hinsichtlich der Gegenstände auf die er sich bezieht eine Dispositionsbeschränkung des Eigenthümers [68]. Ein Anwendungsfall sind die Gutsanheirathungsverträge des bayrischen Rechts [69].

---

[61] Windscheid § 497, 4 f.

[62] Windscheid § 497, 9.

[63] Vgl. oben § 54, 48 f.

[64] Vgl. oben § 61, 14.

[65] Nach L.T.Abschied 1869 § 60 ist notarielle Erklärung des Eigenthümers, daß er sich dem Hypothecirungsverbot unterwerfe, genügend, und Acceptation des Berechtigten nicht erforderlich.

[66] H.G. § 44. „Selbst ein Vertrag, daß auf die Sache keine Hypothek mehr eingeräumt werden soll, hat auf die gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek keine Wirkung; hinsichtlich der auf Privatwillen beruhenden Hypotheken ist er nur dann wirksam, wenn er im Hypothekenbuch am geeigneten Orte eingetragen ist." Gegen die Meinung von Gönner, Comment. I. 392 daß eine derartige Vereinbarung den dritten Erwerber des Objekts nicht verbinde vgl. Lehner, H.R, § 39, Graf, Comment. III. 79, Bl. XXV. 243.

[67] Bayr. L.R. III. 11. 1. Nr. 6.

[68] Es beruht dieß auf der Bestimmung des Gesetzes L.R. III. 11. 1. Nr. 8 daß auf Erbverträge, die durch einen actus inter vivos errichtet seien, alle von Verträgen geltenden Grundsätze Anwendung finden. Daher sagt Kreittmayr, Anm. 6 a zu L.R. III. 11. 1: „Aus diesen (pactis successoriis particularibus)

§ 189.

3. Rechtstitel.

Jede Hypothekbestellung setzt einen Rechtstitel voraus, der auf einer Bestimmung des Gesetzes beruhen oder in dem erklärten Privatwillen liegen kann [1]; man unterscheidet demnach die Rechtstitel in gesetzliche und freiwillige.

I. Gesetzliche Rechtstitel. Dieß sind solche, welche dem Gläubiger ein selbstständiges Recht auf Eintragung einer Hypothek gewähren, ohne daß eine ausdrückliche Bewilligung des Schuldners dazu erforderlich ist. Von den gesetzlichen Hypotheken des gemeinen Rechts, aus welchem die meisten derselben abgeleitet sind, unterscheiden sich die gesetzlichen Rechtstitel des bayrischen Hypothekenrechts darin, daß sie nicht wie diese ein dingliches Recht sondern nur einen Anspruch auf Eintragung einer Hypothek gewähren, und daß sich das Rangverhältniß der auf Grund derselben eingetragenen Hypotheken lediglich nach der Zeit der Eintragung richtet [2]. Nach bayrischem Recht [3] haben folgende Gläubiger gesetzliche Rechtstitel:

1. Der Staat wegen der rückständigen ordentlichen und außerordentlichen Staatsabgaben [4]. Es erstreckt sich dieß also nicht, wie nach gemeinem Recht [5], auf andere Forderungen des Staats wie z. B. Forderungen für Erträgnisse aus dem Staatseigenthum [6] oder aus einem Vertrag [7]. Dieser Titel ist für alle Rückstände begründet [8];

---

erlangt successor pactitius nicht nur circa compaciscentem und seine Erben ein jus personale .... sondern auch reale, kraft dessen er sogar noch bei Lebzeiten des Erblassers ... die alienationem rei in partem deductae hindern ... kann." Vgl. Erk. 26/3 26 Du Prel III. 76.

[69] Vgl. oben § 54.

[1] H.G. § 9.

[2] Gönner, Comment. I. 182.

[3] Lehner, H.R. § 47 behauptet, daß gesetzliche Titel nur durch das Hypothekengesetz begründet werden könnten, und daß Titel aus anderen Gesetzen unzuläßig seien; allein dieß ist durch das Erbgütergesetz 22/2 1855 Art. 20 unten Note 38 widerlegt.

[4] H.G. § 12. Nr. 1.

[5] Dernburg, Pf.R. I. § 41. 42.

[6] Z. B. den Preis für Forsterzeugnisse Erk. 7/5 52 Z. A. B. V. 380.

[7] Gönner, Comment. I. 190.

[8] Gönner, Comment. I. 190 und Lehner H.R. § 48 Nr. 2 wollen diesen Anspruch nur für die Rückstände gewähren, welche nicht durch Prior.O. § 12, 6

doch wird eine Eintragung nicht beantragt, wenn der Rückstand unter fünf Gulden beträgt [9]. Der Anspruch steht nur der Staatsbehörde dagegen Dritten nur zu, wenn er ihnen ausdrücklich abgetreten worden ist, nicht aber bei freiwilliger Zahlung für den Schuldner [10].

2. Die Stiftungen für Cultus Unterricht und Wohlthätigkeit und die Gemeinden wegen aller durch Verwaltung ihres Vermögens entstehenden Forderungen, wenn nicht auf andere Weise Sicherheit geleistet ist, an den Immobilien der Verwalter und ihrer Bürgen [11]. Der Anspruch geht Verwaltern gegenüber auf Eintragung einer Summe, welche dem beiläufigen Betrag der aus der Verwaltungsführung allenfalls entstehenden Forderungen oder dem Betrag der aus der geführten Verwaltung erwachsenen Verbindlichkeiten entspricht; den Bürgen gegenüber wird der Betrag durch den Bürgschaftsvertrag bestimmt [12].

3. Nach früherem Recht [13] hatte der Grundherr einen gesetzlichen Titel wegen der Rückstände an den auf einem grundherrlichen Gut haftenden grundherrlichen Abgaben an Geld, Naturalien oder Leistungen ohne Unterschied und wegen der den Grundholden gemachten Vorschüsse an Speise- und Samengetreide zur Erwerbung einer Hypothek auf dem grundbaren Gut. Mit Aufhebung des grundherrlichen Verbandes ist der Anspruch bezüglich der früheren gutsherrlichen Abgaben auf die nicht abgelösten Grundrenten und bei Ablösung auf die an ihre Stelle tretenden Zinsen der Bodenzinskapitalien übergegangen [14].

---

privilegirt sind, also für die Rückstände aus dem laufenden und den beiden unmittelbar vorhergehenden Jahren ausschließen. Allein die Bestimmung der Pr.O. ist nur für den Fall des Concurses gegeben, mit dessen Eröffnung die Möglichkeit der Eintragung von Hypotheken überhaupt hinwegfällt; solange der Concurs nicht eröffnet ist kann daher eine derartige Unterscheidung zwischen privilegirten und nicht privilegirten Rückständen überhaupt nicht gemacht werden. Die Rückstände sind immer eine persönliche Schuld dessen, für den sie erwachsen sind, selbst wenn sie in Leistungen aus Reallasten bestehen, und es wird erst durch die Eintragung auf Grund des gesetzlichen Hypotheketitels ein Anspruch gegen ein bestimmtes Immobile geschaffen Finanzgesetz 28/12 31 § 32 oben § 171, 22, während die Bestimmung der Prioritätsordnung einen Vorzug nur hinsichtlich des Gesammtvermögens des Cridars gewährt.

[9] Min. Reskr. 22/11 1824 bei Jungermann Handbuch 214.

[10] Lehner, H.R. § 48 Nr. 4. Jungermann, Handbuch 214, 2. A. M. Gönner, Comment. I. 190. e.

[11] H.G. § 12. Nr. 2.

[12] Gönner, Comment. I. 191 f.

[13] H.G. § 12, 3.

[14] Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 29.

4. Gläubiger von Realrenten wegen der Rückstände an diesen jährlichen Leistungen auf den damit behafteten Sachen [15]. Es gehören dahin Leistungen in Geld wie Bodenzinse, Ewiggilten und als Reallasten bestellte Leibrenten [16], und an Naturalien [17]; Voraussetzung ist dabei, daß die Rente eine jährliche sei [18].

5. Minderjährige und unter Curatel gesetzte Personen wegen aller aus der geführten Vermögensverwaltung begründeten Forderungen auf den Immobilien der Vormünder oder Curatoren und deren Bürgen [19]. Der Rechtstitel ist mit der Bestellung des Vormunds gegeben und erstreckt sich auf Sicherheitsleistung für diejenigen Theile des beweglichen Vermögens des Euranden, welche in den Händen des Vormunds verbleiben. Weitere Sicherheit hat der Vormund nur dann zu leisten, wenn er in der Verwaltung seines Amtes fahrläßig ist, oder die Rechnungsstellung versäumt, in welchem Fall die Bestellung einer den zu verrechnenden Einkünften des Vermögens angemessenen Hypothek oder eine verhältnißmäßige Erhöhung der eingetragenen Summe erwirkt werden kann, und wenn sich aus der Vormundschaftsrechnung Defekte ergeben, für deren Betrag sofort Hypothekbestellung verlangt werden darf [20].

6. Die Ehefrau wegen ihrer aus dem ehelichen Verhältniß gegen den Ehemann begründeten vermögensrechtlichen Ansprüche [21]. Es ge-

---

[15] H.G. § 12, 4. „Diejenigen, welche aus einer unbeweglichen Sache eine Realrente zu fordern haben wegen der Rückstände an diesen jährlichen Leistungen auf den damit belasteten Sachen." Die Annahme von Lehner H.R. § 51 Nr. 2 daß dieser Anspruch nur für die Rückstände gegeben sei welche die letzten drei Jahre überschreiten entbehrt der Begründung, da die Rückstände nur als persönliche Schuld des Verpflichteten für den dreijährigen Zeitraum in der I. Classe locirt werden vgl. oben Note 8 und § 171, 16 f. Auch ist hervorzuheben daß das Hypothekengesetz selbst die von Lehner gemachte Unterscheidung nicht kennt.

[16] Gönner, Comment. I. 195.

[17] Gönner, Comment. I. 195. Es ist keinem Zweifel unterworfen, daß die Bezeichnung „Realrente" auch auf Naturalleistungen sich beziehe, welche die Natur von Reallasten haben, da diese ohne Unterscheidung ob sie in Geld oder Naturalien bestehen in das Hypothekenbuch eingetragen werden, Instruktion § 16 und oben § 183, 21.

[18] Lehner, H.R. § 51. b. mit Beziehung auf die Novelle 22/2 1822 Abschnitt IV. Die Voraussetzung ist übrigens schon im Gesetze selbst ausgedrückt.

[19] H.G. § 12, 5. Vgl. oben § 92, 43.

[20] H.G. § 20.

[21] H.G. § 12, 6.

hören dahin die Ansprüche wegen ihres bei Eingehung der Ehe eingebrachten Vermögens, namentlich wegen des Heirathsgutes, und aller der Nutznießung oder Administration des Ehemannes überlassenen Illaten [22], die Rechte, welche ihr aus dem Ehevertrag zustehen [23], die Entschädigungsansprüche für die mit ihrem Ehemann übernommenen Verbindlichkeiten und der Ersatz für ihre von ihrem Ehemann veräußerten Güter. Dieser Titel kann nur während der Dauer der Ehe und nur gegen den Ehemann nicht gegen dessen Rechtsnachfolger geltend gemacht werden [24].

7. Die Descendenten [25] auf den Immobilien ihrer Ascendenten für das auf Grund der elterlichen Gewalt in deren Händen befindliche Vermögen [26], nämlich für das Vater- und Muttergut [27], das übrige den Kindern zustehende und von den Eltern administrirte Vermögen [28], und den Voraus bei Einkindschaftungen [29].

---

[22] H.G. § 104. Nr. 5.

[23] Dahin sind nur die aus dem Ehevertrag als solchem sich ergebenden Rechte zu rechnen, namentlich Wittum, Widerlage und Morgengabe, nicht aber die durch einen mit dem Ehevertrag verbundenen Erbvertrag eingeräumten Rechte, da der Wortlaut des Gesetzes nur auf die ersteren sich bezieht. Auch auf die durch das Gesetz der Ehefrau eingeräumten Vermögensrechte z. B. den Alimentationsanspruch erstreckt sich der Rechtstitel nicht Bl. VIII. 93.

[24] Erk. 7/8 60 Bl. XXXI. 160.

[25] H.G. § 12, 7 sagt: „Kinder" unter welchem Ausdruck alle Descendenten zu verstehen sind. Erk. 25/5 53 Bl. XXIII. 71, Lehner, H.R. § 54, 1.

[26] H.G. § 12, 7 „Kinder wegen desjenigen was sie als Vater- oder Muttergut oder sonst erworbenes Vermögen oder als Voraus bei Einkindschaftungen zu fordern haben auf den Immobilien ihrer Eltern." Zweifellos wird hier vorausgesetzt, daß der Ascendent die Vermögenstheile, für welche Hypothek bestellt werden soll, in Ausübung der elterlichen Gewalt in Händen habe, nicht aber auf Grund eines anderen civilrechtlichen Titels z. B. eines Darlehens A. E. 23/2 38 Bl. III. 336 und 13/7 54 Bl. XIX. 301 mit Beziehung auf Prior.O. § 23. Nr. 1. Daher sagt Entwurf III. § 368, 6 bestimmter: „Kinder in Ansehung ihres in Folge der elterlichen Gewalt in die Hände eines Elterntheils gelangten beweglichen Vermögens . . ."

[27] Vgl. oben § 80 und 81.

[28] Vgl. oben § 79—81. Die von Lehner, H.R. § 54 c aufgestellte Ansicht, daß der Vater für das seiner Verwaltung und Nutznießung unterstellte bewegliche Vermögen der Kinder als Curator nach H.G. § 12, 5 Caution zu stellen habe, ist nicht begründet und widerspricht dem bei uns geltenden Recht vgl. oben § 158, 54 f.

[29] Vgl. oben § 74.

8. Legatarien Erbschaftsgläubiger und Miterben [30] steht für die in der Erbtheilung bestimmten Hinauszahlungen und wegen Entwehrung der darinn enthaltenen Sachen ein Hypothektitel an den zu der Erbschaft gehörigen Immobilien zu, wenn die Erbschaft unbedingt angetreten worden ist [31].

9. Baumeister und Bauhandwerker Arbeiter und Lieferanten von Materialien haben wegen der für Errichtung Wiederherstellung oder Ausbesserung von Gebäuden Kanälen und anderen Werken entstandenen Forderungen einen gesetzlichen Hypothektitel an diesen Werken [32]. Es erstreckt sich dieß jedoch nicht auf andere Forderungen, die mit Bauunternehmungen zusammenhängen [33].

10. Inhaber und Pächter von Bierbrauereien haben für ihre Forderungen an Bierwirthe für geliefertes Bier und Branntwein einen gesetzlichen Hypothektitel an den Immobilien derselben [34].

11. Hypothekgläubiger für Hypothekzinsen und Streitkosten [35]. Der Hypothekgläubiger hat einen gesetzlichen Titel auf Eintragung der bei Ausklagung und Eintreibung von Hypothekschulden entstandenen und dem Eigenthümer richterlich auferlegten Streitkosten sowie der Hypothekzinsrückstände des dritten und vierten Jahres [36] und zweijähriger Verzugszinsen.

---

[30] H.G. 12, 8.

[31] Ist die Erbschaft bedingt angetreten, so kann bis zur Vereinigung der Verlassenschaft eine Hypothek nicht gültig eingetragen werden. Vgl. oben § 188, 15.

[32] H.G. § 12, 9.

[33] Gönner, Comment. I. 203. Lehner, H.R. § 56, 2. Gemeinrechtlich ist das gesetzliche Pfandrecht nur den Darlehen für Wiederherstellung von Gebäuden gegeben Windscheid § 231, 9, die nach bayrischem Recht einen gesetzlichen Rechtstitel nicht anzusprechen haben.

[34] H.G. § 12, 10. Nach Erk. 17/8 69 Bl. XXXIV. 415 ist dieß analog anwendbar auf Bräuer welche von anderen Bräuern Bier zum Ausschenken beziehen.

[35] H.G. § 12, 11.

[36] H.G. § 12, 11 gewährt den Rechtstitel für die nicht über zwei Jahre rückständigen Zinsen von Hypothekschulden. Da jedoch die Rückstände eingetragener Hypothekzinsen nach H.G. § 43 für das laufende und nächst vorhergehende Jahr das dingliche Recht der Hauptforderung anzusprechen haben, so ist der in H.G. § 12, 11 bestimmte gesetzliche Titel für die weiteren zweijährigen Rückstände also die des dritten und vierten Jahres gegeben, wie dieß H.G. § 43 auch ausdrücklich ausgesprochen ist; vgl. unten § 191, 27, Lehner, H.R. § 58, 2, Jungermann, Handbuch 253, 5, Graf, Comment. III. 23. Daher erscheint die

12. Die gerichtlich immittirten Gläubiger [37]. Jeder Gläubiger hat für die rechtskräftig entschiedenen Forderungen, für welche ihm ein rechtskräftiges Immissionsdekret ertheilt ist, einen gesetzlichen Hypothektitel für Eintragung auf den Immobilien des Schuldners.

13. Forderungsberechtigte an landwirthschaftlichen Erbgütern. An landwirthschaftlichen Erbgütern haben einen gesetzlichen Hypothektitel auf Eintragung der Vorgänger im Erbgut für die Summe, welche er sich bei der Uebergabe als Eigenthum vorbehalten hat, die Anerben für ihre Abfindungssummen und alle Personen, welche Alimente aus dem Erbgut anzusprechen haben für diese [38].

II. Freiwillige Rechtstitel. Der Eigenthümer kann durch Erklärung seines Willens eine Hypothek bestellen [39]. Zur freiwilligen Hypothekbestellung wird vorausgesetzt, daß dem Schuldner die Befugniß über das Objekt zu Zwecken des Hypothekenbuchs zu verfügen unbeschränkt zustehe [40], und daß eine rechtsgültige Willenserklärung vorliege [41]. Diese kann erfolgen:

1. Durch Vertrag. Nach älterem Recht war dazu nur urkundliche Erklärung und Einhaltung derjenigen besonderen Formen vorgeschrieben, welche die einzelnen Statuten nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen forderten [42]; durch das Notariatsgesetz [43] ist

---

besondere Hypothekbestellung für Zinsrückstände des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres nicht zuläßig. A. E. Bl. IX. 61.

[37] H.G. § 12, 12.

[38] Ges. 22/2 55 Art. 27.

[39] H.G. § 9.

[40] H.G. § 14. „Hiezu wird von Seite desjenigen, welcher die Hypothek bewilligt, das Recht und die Fähigkeit erfordert, über die Sache zu verfügen, womit er durch Hypothek Sicherheit stellen will." Die oben § 188 aufgeführten Dispositionsbeschränkungen stehen alle der freiwilligen Hypothekerrichtung entgegen. Ebenso ist persönliche Dispositionsfähigkeit vorausgesetzt.

[41] H.G. § 15. „Aus einem Vertrage kann der Gläubiger die Eintragung einer Hypothek nur alsdann verlangen, wenn sie in einer gültigen und, wo es die Gesetze nach Verschiedenheit der Rechtsgeschäfte oder Personen fordern, öffentlichen Urkunde ausdrücklich bedungen wurde; zu Verträgen siegelmäßiger Personen bedarf es nach dem Edikte über die Siegelmäßigkeit § 5 und 6 keiner gerichtlichen Fertigung."

[42] H.G. § 15. Vgl. Bl. XXXIII. 145. Ueber die in den einzelnen Statuten gegebenen Vorschriften vgl. oben § 136, 38 f., Lehner, H.R. § 63.

[43] Not.Ges. Art. 14: Ueber alle Verträge, welche die Besitzveränderung oder das Eigenthum unbeweglicher Sachen oder diesen gleichgeachteter Rechte

zur vertragsmäßigen Bestellung von Hypotheken die Errichtung von Notariatsurkunden vorgeschrieben, was als Einführung eines allgemeinen Verbriefungszwangs für Hypothekbestellung durch erklärten Privatwillen unter Lebenden aufzufassen ist [44], so daß jetzt die vor dem Hypothekenamt von dem Schuldner erklärte Bewilligung der Hypothekbestellung [45] nicht mehr als zur Eintragung genügender Titel erscheint [46], was überdieß durch Landtagsabschied 29/4 69 § 60 ausdrücklich ausgesprochen ist [47]. Die Grundlage bildet die Forderung des Gläubigers, welche in der Urkunde entweder festgesetzt oder anerkannt wird, und die Einräumung einer Hypothek für dieselbe. Die Forderung muß immer auf einem speciellen Rechtstitel beruhen, der übrigens nicht nothwendig in dem Vertrag selbst benannt sein muß, da auch seine Eintragung in das Hypothekenbuch nicht erforderlich ist [48].

2. Durch letztwillige Verfügung, zu welcher eine weitere als die für diese vorgeschriebene Form nicht erforderlich ist [49].

---

sowie über alle Verträge, welche dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen betreffen, sind bei Strafe der Nichtigkeit Notariatsurkunden zu errichten.

[44] Die Aufsätze in Stenglein Zeitschr. II. 17 f. dann Bl. XXXIII. 145, 177 und 193 gehen von der Ansicht aus, daß zur Begründung einer Hypothek durch Disposition unter Lebenden eine Notariatsurkunde nicht erforderlich sei entweder, wenn der Schuldner nach H.G. § 16 die Eintragung der Hypothek stillschweigend genehmige, oder wenn er nach H.G. § 107 selbst den Antrag darauf stelle. S. dagegen Zink, Comment. 433 und Nachtrag 70 f.; Graf, Comment. III. 28; Bauriedl in Z. A. B. III. 337 f.; Erk. 24/4 64 Bl. XXXI. 197; 27/1 65 Bl. XXXI. 232; 7/5 67 Bl. XXXII. 369 und unten Note 47.

[45] H.G. § 107.

[46] Graf, Comment. III. 27.

[47] L. T. A. 29/4 69 § 60. „Bei Bestellung von Hypotheken ist die Acceptation des Berechtigten ... dem Gebote des Art. 14 des Notariatsgesetzes nicht unterworfen." Damit ist die Nothwendigkeit der notariellen Verbriefung zur Bestellung von freiwilligen Hypotheken durch Disposition unter Lebenden anerkannt, wie dieß auch der Aufsatz Bl. XXXIV. 162 annimmt. Damit scheint auch die in H.G. § 16 für zuläßig erklärte stillschweigende Genehmigung des Schuldners nicht mehr als genügend. A. M. der Aufsatz Bl. XXXIV. 165, Erk. 27/4 68 Bl. XXXIII. 348, und 28/4 71 Sammlung I. 189.

[48] Erk. 17/7 47 Bl. XIII. 106.

[49] Vgl. Graf, Comment. III. 26.

§ 190.

4. Die Eintragung.

Die rechtsgültige Entstehung einer Hypothek setzt ihre Eintragung in der III. Rubrik eines Hypothekenfoliums voraus [1]. Der Anspruch auf Eintragung ist für den Gläubiger ein persönlicher [2] und er ist nur begründet bezüglich solcher Objekte für welche zur Zeit der Eintragung der Schuldner als Besitzer im Hypothekenbuch aufgeführt ist. Der Hypothektitel verliert daher seine Wirkung gegenüber solchen Objekten, welche vor der Vormerkung oder Eintragung auf einen dritten Besitzer im Hypothekenbuch umgeschrieben sind, soweit nicht der neue Besitzer diesem Hypothektitel gegenüber als persönlich verpflichtet erscheint. Dagegen ist die im Hypothekenbuche nicht eingetragene Veränderung des Besitzers ohne Einfluß auf die Hypothekerrichtung, der gutgläubige Gläubiger kann daher gültig die Eintragung bewirken, auch wenn sein Schuldner aufgehört hat Eigenthümer zu sein, und der Schuldner kann gültig die Eintragung bewilligen obwohl er nicht mehr Eigenthümer ist [3]. Für die Eintragung gelten folgende Grundsätze.

I. Objekt. Die Hypothekentitel sind entweder generell oder speciell. Das letztere muß durch Gesetz oder Vertrag besonders bestimmt sein [4]. Unter den gesetzlichen Titeln sind als generell erklärt: der Rechtstitel des Staats, der Stiftungen und Gemeinden, der minderjährigen und curatelmäßigen Personen, der Ehefrauen, der Kinder am Vermögen der Eltern, der Bierbrauereiinhaber, der zu immittirenden Gläubiger; als speciell: der Realrenten, der Legatarien Gläubiger und Miterben an den Erbschaftsimmobilien, der Baumeister und Arbeiter, der Zinsen und Kosten [5], der Forderungen an Erbgütern. Die freiwilligen Hypothekentitel sind generell, insoferne sie nicht durch besondere Festsetzung auf ein einzelnes Objekt beschränkt werden [6]. Bei generellen

---

[1] Vgl. oben § 185, 6.

[2] Gönner, Comment. I. 232.

[3] Vgl. oben § 185, 15.

[4] H.G. § 11: Das Recht eine Hypothek durch die Eintragung der Forderung zu erlangen, soferne es nicht durch Gesetz oder Vertrag auf bestimmte Immobilien beschränkt ist, erstreckt sich auf das ganze unbewegliche Vermögen des Schuldners.

[5] Instruktion § 28, 14.

[6] Gönner, Comment. I. 235.

Rechtstiteln steht dem Gläubiger das Recht zu die Eintragung auf allen Immobilien des Schuldners zu beantragen; doch hat der Eigenthümer gegenüber gesetzlichen allgemeinen Rechtstiteln das Recht zu verlangen, daß die Eintragung auf einen solchen freien Güterwerth beschränkt werde, der nach Abzug der vorhergehenden Posten den Betrag der Forderung um ein Drittheil übersteigt [7]. Ist daher der Schuldner im Besitz eines Objektes, welches für sich allein dieses Verhältniß darbietet, so muß die Eintragung auf dieses beschränkt werden, außerdem kann die Beschränkung der Eintragung auf diejenigen Objekte verlangt werden, deren Werth zusammengenommen der einzutragenden Forderung die erwähnte Sicherheit gewährt. Bei freiwilligen allgemeinen Hypothektiteln dagegen kann der Schuldner diese Beschränkung nicht ansprechen. Bei Eintragung auf einzelne Objekte, mag dieselbe auf der Specialität des Rechtstitels oder der erwähnten Beschränkung des generellen Rechtstitels beruhen, kann der Gläubiger eine weitere Eintragung auf andere Objekte nur dann verlangen, wenn durch Verschulden des persönlich haftenden Eigenthümers der Werth des Hypothekenobjektes eine derartige Minderung erlitten hat, daß dieses für die eingetragene Forderung nicht mehr die nöthige Sicherheit gewährt. Der Gläubiger kann in diesem Fall die Eintragung seiner Forderung auf andere Objekte des Schuldners in der zur Erreichung der nöthigen Sicherheit erforderlichen Ausdehnung beantragen [8].

II. Veranlassung der Eintragung. Die Eintragung einer Hypothek kann von Amtswegen verfügt werden oder auf Antrag erfolgen. Eintragung von Amtswegen ist vorgeschrieben wenn aus den behufs Eintragung einer Besitzveränderung dem Hypothekenamt vorgelegten Urkunden sich ergiebt, daß der Ueberlebende sich eine Hypothek für den Kaufschilling oder für seine Person Alimente vorbehalten oder

[7] H. G. § 11: Doch soll auf Verlangen des Eigenthümers bei den auf einem gesetzlichen Rechtstitel beruhenden Hypotheken die Eintragung nur auf einen solchen freien Güterwerth beschränkt werden, welcher nach Abzug der vorstehenden Posten den Betrag der Forderung um ein Drittheil übersteigt. Instruktion § 28, 14: Wenn ein Gläubiger wegen 600 fl. die Eintragung einer Hypothek auf mehrere Grundstücke begehrt, unter welchen aber ein einziges den wahren und dauerhaften Werth von 2000 fl. hat, auch mit bereits eingeschriebenen Hypotheken nicht weiter als auf 1200 fl. belastet ist, so kann der Schuldner verlangen, daß die Hypothek nur auf dieses einzige Grundstück mit Freilassung der übrigen eingetragen werde.

[8] H.G. § 18. Vgl. unten § 191, 17.

statt des Kaufschillings sich bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen des Uebernehmers ausbedungen hat [9]. In allen anderen Fällen ist zur Eintragung einer Hypothek ein Antrag erforderlich. Dieser kann gestellt werden:

1. Von dem Gläubiger [10] oder dem Schuldner [11] und ihren legitimirten gesetzlichen Vertretern [12] und Bevollmächtigten [13].

2. Von den Gläubigern eines Schuldners dem eine zur Hypothek berechtigte Forderung zusteht, insoferne die Unterlassung der Eintragung für die Befriedigung ihrer Forderungen präjudicirlich erscheint [14].

3. Von den Bürgen eines Schuldners, wenn der Gläubiger sein Recht auf Erwerbung einer Hypothek nicht ausübt [15].

4. Von den Verwandten einer minderjährigen oder unter Curatel gestellten Person und jedem Dritten auf Eintragung der diesen auf dem Vermögen des Vormunds oder Curators einzuräumenden Hypothek [16].

5. Von den Verwandten minderjähriger Kinder und jedem Dritten

---

[9] H.G. § 99. „Ueberdieß muß das Hypothekenamt ... 2) wenn bei Veränderung des Besitzers aus den darüber vorgelegten Urkunden erhellt, daß der Uebergebende sich das Eigenthum oder eine Hypothek für den Kaufschilling oder für seine Person Alimente vorbehalten habe, oder statt des Kaufschillings bestimmte künftige Hinausbezahlungen oder Leistungen von dem Uebernehmer bedungen worden, darüber sogleich bei Eintragung des neuen Besitztitels die zu Sicherung dieser Rechte durch § 139 vorgeschriebenen Einträge, auch ohne ausdrückliches Verlangen des Betheiligten vornehmen." Vgl. Lehner, H.A.O. § 19 und 171 Nr. 8 und oben § 182, 18.

[10] Unter mehreren Mitgläubigern kann jeder einzelne auf die ganze Forderung die Eintragung der Hypothek im Namen aller Mitgläubiger verlangen H.G. § 104, 3.

[11] H.G. § 107. „Auf Verlangen oder mit ausdrücklicher Genehmigung desjenigen für welchen der Eintrag eine Verbindlichkeit hervorbringt z. B. des Schuldners . . . kann die Eintragung in das Hypothekenbuch auch ohne Beisein oder Verlangen desjenigen, welcher dadurch ein Recht oder einen Vortheil erhält, vorgenommen werden." Vgl. L.T.A. 1869 § 60 oben § 189, 47.

[12] Dahin gehören: der Vormund und Nebenvormund für minderjährige Interessenten H.G. § 104, 4 und 5.

[13] H.G. § 103. Vgl. oben § 182, 16.

[14] H.G. § 104 Nr. 1.

[15] H.G. § 104 Nr. 2. Hier können die Bürgen des Schuldners beantragen, daß dieser dem Gläubiger Hypothek bestelle, um sich vor dem Regreß des letzteren zu sichern.

[16] H.G. § 104 Nr. 4. Vgl. oben § 181 I. Nr. 5.

auf Eintragung der diesen an den Immobilien der Eltern zu bestellenden Hypothek [17].

6. Von den Verwandten einer Ehefrau auf Eintragung der dieser an den Immobilien des Ehemannes zu errichtenden Hypothek [18].

7. Von Seite des competenten Gerichts als Vormundschaftsbehörde auf Eintragung der Hypothek minderjähriger Ehefrauen an dem Vermögen des Ehemannes, minderjähriger Descendenten an dem Vermögen der Ascendenten und minderjähriger und unter Curatel gestellter Personen an dem Vermögen der Vormünder und Curatoren [19].

8. Von Seite des Notars, welcher die Ehepakten aufgenommen hat, auf Eintragung der der Ehefrau auf dem Vermögen des Ehemannes zu bestellenden Hypothek [20].

9. Von Seite der Gerichte in allen Fällen wo ihnen gesetzlich die Verbindlichkeit der Anmeldung von Forderungen bei dem Hypothekenamt obliegt [21].

III. Vormerkung. In jedem Antrag auf Eintragung einer Hypothek ist der Antrag auf einstweilige Vormerkung stillschweigend enthalten; das Hypothekenamt muß daher bei jedem Antrag, der nicht sofort als unstatthaft verworfen wird, oder dem nicht sofort durch Vornahme der Eintragung stattgegeben werden kann, bei Beginn der Instruktion von Amtswegen die Vormerkung vornehmen [22]. Diese besteht in der vorläufigen Einschreibung der Forderung in der III. Rubrik zum Behufe der Erhaltung des Rechtes gegenüber allenfallsigen Besitzveränderungen und zur Erhaltung des Vorranges gegenüber anderen Hypotheken. Voraussetzung der Vormerkung ist, daß der Rechtstitel der Forderung vollständig begründet die Eintragung jedoch wegen Mangels an einer noch zu ergänzenden die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung nicht berührenden Formalität noch nicht zuläßig also

---

[17] H.G. § 104 Nr. 4. Vgl. oben § 181 I. Nr. 7.

[18] H.G. § 104 Nr. 5. Vgl. oben § 181 I. Nr. 6.

[19] H.G. § 104 Nr. 4 und 5.

[20] H.G. § 104 Nr. 5. Die hier dem Gericht, welches die Ehepakten aufgenommen hat, eingeräumte Befugniß ist nunmehr auf die Notare übergegangen, welche allein zur Aufnahme von Ehepakten competent sind.

[21] H.G. § 104 Nr. 6. Dieß ist namentlich der Fall, wenn bei ausgebrochenem Concurs eine Vormerkung in Eintragung verwandelt werden soll.

[22] H.G. § 106. J. M. E. 26/6 64 II. B. 5 J. M. Bl. 1864, 217. Ueber Vormerkungen vgl. Bl. I. 223.

zeitig gehindert sei [23]. Jede Vormerkung setzt Bescheinigung der Forderung durch unverdächtige Urkunden voraus [24], ohne daß Bescheinigung durch andere Beweismittel wie Zeugenaussagen oder Eideszuschiebung zuläßig wäre [25]. Für gesetzliche Hypotheken genügt also jede Privaturkunde [26], für die richterliche Immission das richterliche Dekret [27], für die auf letztwilliger Verfügung beruhenden Hypotheken die betreffende Verfügung [28]. Dagegen kann die Vormerkung einer auf erklärtem Privatwillen unter Lebenden beruhenden Hypothekbestellung jetzt nur auf Grund einer Notariatsurkunde vorgenommen werden [29]. Der Antrag auf Vormerkung kann in dem Antrag auf Eintragung ent-

---

[23] H.G. § 30: Ist eine Forderung, wodurch der Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek an sich begründet wird, durch unverdächtige Urkunden bescheinigt, die Eintragung der Hypothek selbst aber wegen Mangels an einer noch zu ergänzenden und die Wesenheit oder Gültigkeit der Handlung nicht betreffenden Formalität noch nicht zuläßig, so kann die Forderung unter den Hypotheken vorgemerkt werden. Instruktion § 31: „Vormerkungen setzen voraus, daß etwas, was zum Eintrage angemeldet wurde, jetzt und ehe gewisse Umstände berichtiget sind, in das Hypothekenbuch wirksam noch nicht eingetragen werden kann (§ 30 des Hypothekengesetzes) z. B. der Titel zu einer Hypothek, welche angemeldet wird, liegt in einer Privaturkunde, die erst anerkannt werden muß, oder es liegt eine Protestation gegen die Eigenthumsrechte des Besitzers in der Mitte, und gleichwohl soll eine angemeldete Hypothek eingetragen werden u. s. w." Vgl. Bl. I. 223.

[24] H.G. § 30 oben Note 23.

[25] A. E. 16/1 41 Bl. VIII. 95; Lehner, H.A.O. § 37 Nr. 2.

[26] Die Eintragung von Hypotheken auf Grund gesetzlicher Rechtstitel unterliegt nicht dem Verbriefungszwang Zink, Comment. 433; Graf, Comment. III. 64. a.

[27] Graf, Comment. III. 24. c.

[28] Graf, Comment. III. 24. b.

[29] Nach älterem Recht bedurfte es zur Vormerkung einer Forderung keiner Bescheinigung wenn der Schuldner selbst den Antrag stellte Gönner, Comment. I. 326 Nr. 5; ebenso wurden Privaturkunden als genügende Bescheinigung für die Vormerkung freiwilliger Hypotheken angesehen Gönner, Comment. I. 310, Lehner H.A.O. § 37 Nr. 2, A. E. Bl. X. 10. Auch die Instruktion § 31 setzte die Zuläßigkeit dieses Verfahrens voraus. Daß nach der Bestimmung des Not. Ges. § 12, 2 und § 14 jetzt eine Notariatsurkunde zur Begründung jedes vertragsmäßigen Rechtstitels auf Hypothekerrichtung erforderlich und daher die Vormerkung auf eine Privaturkunde ausgeschlossen ist kann nicht bezweifelt werden s. Erk. 14/8 63 und 28/6 64 Z. f. N. I. 378, II. 32; Graf, Comment. III. 64 d. Vgl. oben § 189, 44.

halten oder unabhängig davon gestellt sein. Bestritten ist, welche Bedeutung der Vereinbarung der bloßen Vormerkung ohne gleichzeitige Vereinbarung der Hypothekbestellung zukomme, indem einerseits angenommen wird, die Ausbedingung der Vormerkung diene nur zur Bewahrung des Rechtes auf Erlangung einer Hypothek, setze jedoch die Begründung der letzteren durch Einwilligung des Schuldners erst noch voraus [30], während andererseits betont wird, daß eine auf die Vormerkung sich beschränkende Vereinbarung gar nicht denkbar sei, da eine Forderung sich nur dann zur Vormerkung eigne, wenn durch sie der Rechtstitel zur Hypothekenerwerbung an sich begründet würde, in dem Zugeständniß der Vormerkung von Seite des Schuldners daher zugleich das Zugeständniß der seinerzeitigen Eintragung der Hypothek enthalten sei [31]. Diese letztere Auffassung scheint allein richtig, da sich eine Vormerkung nicht denken läßt, solange der Rechtstitel der Eintragung nicht begründet ist [32].

Die Wirkung der Vormerkung ist die Bewahrung des Rechtes auf Erlangung einer Hypothek an der Stelle an welcher sie eingetragen ist, oder des entsprechenden Vorzugsrechtes im Concurs für den Fall, daß die der wirklichen Eintragung entgegenstehenden Hindernisse beseitigt werden. Der Gläubiger hat daher:

1. gegen den Schuldner Anspruch auf Eintragung der Hypothek, wenn das zur Zeit der Vormerkung der Eintragung entgegenstehende Hinderniß rechtzeitig gehoben ist [33]. Das gleiche Recht steht dem Gläubiger gegen jeden dritten Besitzer zu, und er kann dasselbe mit einer actio in rem scripta verfolgen [34]. Der Geltendmachung dieses Rechtes steht weder eine der Vormerkung nachfolgende Dispositionsbeschränkung [35] noch das Vorhandensein anderer bereits eingetragener der Vormerkung nachfolgender Hypotheken entgegen, und es wird, wenn die Eintragung erfolgt, die Wirkung des dinglichen Rechtes der Hypothek auf den Zeitpunkt der Vormerkung zurückbezogen, und die Hypothek

---

[30] Erk. 23/4 66 Bl. XXXI. 397.

[31] Erk. 26/1 57 Bl. XXIII. 383.

[32] Graf, Comment. III. 65. Lehner, H.R. § 78. Nr. 1.

[33] Erk. 26/1 57 Bl. XXIII. 383.

[34] Erk. 3/5 53 Bl. XVIII. 409; 11/10 58 Bl. XXIII. 366.

[35] Erk. 28/12 48 Bl. XXVII. 13; 17/9 53 Arends V. 180.

so angesehen, als wenn sie schon am Tag ihrer Vormerkung ganz rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre [36].

2. Im Concurs gewährt die vorhandene Vormerkung das Vorrecht der II. Classe, wenn im Concursverfahren das Recht auf die Hypothek dargethan wird [37]. Es gilt dieß selbst gegenüber einer früher eingetragenen Dispositionsbeschränkung, wenn diese im Concurs nicht geltend gemacht wird [38].

3. Jede Vormerkung setzt voraus, daß mit Hebung der Ursachen, welche sie verhinderten, die definitive Eintragung erfolgen kann. Ist diese nicht zu erreichen, so wird die Vormerkung gelöscht. Ist sie in Folge eines Antrags auf Eintragung vorgenommen, so enthält die Verfügung auf diesen Antrag zugleich die definitive Bescheidung bezüglich der Vormerkung, da die Genehmigung des Antrags die Verwandlung der Vormerkung in Eintragung, die Zurückweisung desselben die Löschung der Vormerkung mit sich führt. Soweit jedoch die Vormerkung als präparatorische Maßregel für einen später zu stellenden Antrag erscheint, setzt die Entscheidung über dieselbe ein eignes Verfahren voraus, das sich nach dem für Protestationen vorgeschriebenen richtet [39]. Insbesondere kann der Besitzer der hypothecirten Sache sowohl als jeder nachfolgende Gläubiger einen Befehl zur Purifikation innerhalb 30 Tagen bei Vermeidung der Löschung erwirken [40].

IV. Die Eintragung. Die Eintragung der Forderung er-

---

[36] H.G. § 30: Werden die Anstände oder die Mängel gehoben, so wird die Hypothek so angesehen, als ob sie schon am Tage ihrer Vormerkung ganz rechtsbeständig und förmlich eingetragen worden wäre.

[37] H.G. § 74. Erk. 17/7 47 Bl. XIII. 106; 15/3 51 Bl. XVII. 139; 31/10 55 Bl. XXIV. 271; 24/3 53 Bl. XXVII. 12. In beiden Fällen ist angenommen, daß hier die Nachweisung des Rechtstitels die Wirkung habe, welche sonst der wirklichen Eintragung zukomme.

[38] Erk. 26/11 42 Bl. XXVII. 15.

[39] H.G. § 30.

[40] H.G. § 113: Wegen einer geschehenen Vormerkung kann nicht nur der Besitzer der hypothecirten Sache sondern auch jeder nachfolgende Hypothekgläubiger verlangen, daß derjenige, welcher die Vormerkung bewirkt hat, vom Hypothekenamte zur Berichtigung des Mangelnden innerhalb eines Termines von dreißig Tagen unter dem Rechtsnachtheil angewiesen werde, daß nach dessen Ablauf die Vormerkung gelöscht werden solle. Wird der Mangel innerhalb dieses Termins nicht gehoben, so ist auf weiteres Anrufen der Betheiligten die Vormerkung im Hypothekenbuche zu löschen, es wäre denn, daß der Vorgeladene eine gesetzliche Verhinderungsursache nachweisen könnte.

folgt nach vorgängiger Instruktion, wenn sich aus dieser ergeben hat, daß der Schuldner sich nicht widersetzen wolle oder könne. Jedes Eintragungsgesuch, das überhaupt zur Instruktion sich eignet, setzt in der Regel voraus, daß dem Schuldner rechtliches Gehör darüber verstattet werde [41]. Eine Ausnahme ist nur begründet in Fällen, wo in Folge eines richterlichen Urtheils oder eines gerichtlichen Vergleichs auf Requisition des competenten Gerichts eine Eintragung vorgenommen werden soll, da in diesem Fall eine weitere Vernehmung des Schuldners nicht erforderlich ist [42]. Dasselbe tritt ein, wenn mit dem Antrag zugleich die Erklärung des Schuldners vorgelegt wird, namentlich in allen Fällen, wo in einer Notariatsurkunde bereits die Bewilligung der Hypothekbestellung erklärt ist [43]. In allen anderen Fällen wird dem Schuldner ein Termin zur Erklärung gesetzt und zwar von 8 Tagen, wenn der gesetzliche Hypothektitel der Hypothekzinsen vorliegt, wenn die vorgesetzte Behörde die Eintragung auf Grund des gesetzlichen Hypothektitels der Stiftungen und Gemeinden oder bevormundeten Personen beantragt, wenn die Eintragung von einem Gericht angesonnen wird, und wenn sich das Gesuch auf eine gerichtliche Urkunde, ein vor Gericht anerkanntes Testament oder ein rechtskräftiges Urtheil gründet; in allen anderen Fällen wird die Dauer vom Gericht bestimmt, soll aber 30 Tage nicht übersteigen [44]. Läßt der Schuldner diesen Termin verstreichen ohne eine Erklärung abzugeben, so wird, wenn eine Vormerkung bewilligt war, diese auf Antrag des Gläubigers mit Ablauf der Frist in Eintrag verwandelt [45]. War aber keine Vormerkung bewilligt, so kann der Schuldner lediglich durch Geldstrafen zur Erklärung ange-

---

[41] H.G. § 109: Soll aber die förmliche Eintragung geschehen, um dadurch ein Recht zu erwerben, so kann diese nie auf einseitiges Verlangen sondern nur mit Vernehmung desjenigen, gegen welchen das Recht erworben werden soll, vorgenommen werden. Derselbe ist daher jederzeit vorher über das Eintragungsgesuch zu hören, und hiezu vom Hypothekenamte unter Anberaumung eines angemessenen Termins vorzuladen.

[42] Erk. 10/12 29 und 30/7 31 Bl. XIV. 269.

[43] Not.Ges. 15. „Wenn der Notar von ihm aufgenommene das Hypothekenwesen berührende Verträge oder Erklärungen dem Hypothekenamt mittheilt, so ist, insoferne die vor dem Notar stattgehabten Verhandlungen den Anforderungen des Hypothekengesetzes entsprechen, eine wiederholte Vernehmung der Betheiligten vor dem Hypothekenamt nicht erforderlich.“ Vgl. Graf, Comment. III. 28.

[44] H.G. § 110.

[45] H.G. § 111.

halten werden [46]. Bewilligt der Schuldner die Eintragung, so ist diese sofort vorzunehmen, legt er Widerspruch ein, so sind die Interessenten auf den Rechtsweg zu verweisen [47].

IV. Wirkung der Eintragung.

1. Das Rechtsverhältniß des Gläubigers.

§ 191.

a. Umfang des dinglichen Rechts.

Durch die Eintragung erwirbt der Gläubiger das dingliche Recht die Befriedigung seiner Forderung aus dem Hypothekenobjekt zu verlangen. Dieses Recht ist theils concurrirend mit dem persönlichen Forderungsrecht gegen den Besitzer des Hypothekenobjektes gegeben, theils ist der Gläubiger darauf beschränkt, jenachdem der Besitzer des Hypothekenobjekts die persönliche Verbindlichkeit in sich vereinigt oder nicht [1]. Bezüglich des dinglichen Anspruchs gelten folgende Grundsätze:

I. Umfang der Dinglichkeit hinsichtlich des Objektes. 1. Die Hypothek erstreckt sich auf die ganze Sache und alle ihre Theile und Zugehörungen wie sie im Hypothekenbuch vorgetragen ist [2]. Sie umfaßt daher neben der Hauptsache die Pertinenzen, und zwar sowohl die gesetzlichen Pertinenzen, welche ohne eingetragen zu sein von der Hypothek ergriffen werden, als die auf Disposition be-

---

[46] Lehner, H.A.O. § 114.

[47] H.G. § 112.

[1] H.G. § 49: Der Gläubiger erlangt durch die Hypothek das dingliche Recht, die Befriedigung seiner Forderungen aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen. Er kann unbeschadet seines Hypothekrechts den Schuldner aus dem Rechtsgeschäfte, wofür die Hypothek erworben wurde, persönlich belangen, es steht ihm aber auch frei, entweder die persönliche Klage mit der aus der Hypothek entspringenden dinglichen Klage zu verbinden, oder gleich die dingliche Klage allein anzustellen.

[2] H.G. § 33. „Die Hypothek als dingliches Recht erstreckt sich auf die ganze Sache und auf alle Theile, sowie auf Zuwachs und Zugehörungen derselben, folglich auch auf die Früchte, so lange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind." Es kann daher nicht einzelnen Hypotheken ein Vorrang bezüglich einzelner Theile des Objekts oder bezüglich der Pertinenzen eingeräumt werden; s. die § 187, 28 citirten Erkenntnisse.

ruhenden, welche in dieser ihrer Eigenschaft in das Hypothekenbuch eingetragen sind [3]. Ebenso erstreckt sie sich auf den Zuwachs der Sache und die Verbesserungen, namentlich die auf dem Grundstück aufgeführten Gebäude [4], endlich auf die Früchte solange sie noch nicht abgesondert oder bezogen sind, und zwar sowohl auf Civil- wie auf Naturalfrüchte [5]. Daher kann der Eigenthümer nicht einseitig zum Nachtheil der Hypothekgläubiger über künftige Früchte verfügen [6]. Eine Ausnahme ist nur begründet bei Belastung des Objekts mit einem in das Hypothekenbuch eingetragenen Nutzungsrecht, indem die der Zeit nach später eingetragenen Hypotheken sich nicht auf die Früchte erstrecken, solange dieses währt [7]. Ohne Einfluß auf das Rechtsverhältniß der Hypothekgläubiger ist der antichretische Vertrag. Dieser besteht in der Vereinbarung, daß der Gläubiger die Früchte einer ihm übergebenen Sache statt der Zinsen seiner Forderung beziehen solle, und kann mit oder ohne Begründung des Pfandnexus eingegangen werden [8]. Das bayrische Hypothekengesetz hat für das Institut keine Bestimmungen erlassen [9], und es ist dieses daher zu Eintragung in das Hypothekenbuch nicht geeignet, mag der Vertrag mit oder ohne Bestellung einer Hypothek geschlossen sein. In dem ersten Fall würde

[3] Vgl. oben § 115, 29, 35 und 49.

[4] Vgl. oben 110, 15, § 115, 3 und § 139, 28 f. Die von Gönner, Comment. I. 351 aufgestellte Behauptung, daß ein Dritter der auf dem Hypothekenobjekt ein Gebäude errichtet von den Gläubigern Ersatz der Wertherhöhung verlangen könne ist widerlegt Lehner, H.R. § 148, Graf, Comment. III. 69 und Bl. XXXII. 163.

[5] Gönner, Comment. I. 352.

[6] Vorausbezahlung ist nur für das laufende Ziel zuläßig Gönner, Comment. I. 426, Lehner, H.R. § 96.

[7] H.G. § 5: Auch wird die Einwilligung dessen, welchem die Nutznießung einer Sache auf bestimmte Jahre oder auf Lebenszeit zusteht, zu einer Hypothek auf die Substanz der Sache nicht erfordert, sie erstreckt sich jedoch, so lange die Nutznießung dauert, auf die Früchte nicht.

[8] Windscheid § 234, 5. Dernburg, Pf.R. § 92.

[9] Der Entwurf III. 415—420 enthält Bestimmungen über ein Nutzungspfand an Liegenschaften, das in das Grundbuch einzutragen ist, das hier aufgeführte Institut weicht jedoch von dem gemeinrechtlichen insoferne ab, als der Gläubiger dadurch kein Recht auf die Substanz der Sache erhält, sondern die Befriedigung seiner Forderung nur aus den Früchten zu suchen hat, in die er eingewiesen wird, Motive 124. Weder das sächsische B.G.B. noch der neue preußische Entwurf haben dieses dem französischen Recht eigenthümliche Institut aufgenommen.

der Vertrag als Nebenbestimmung bei der Hypothekbestellung in die III. Rubrik einzutragen sein, was aber ohne alle Rechtswirkung sein würde, da sich das Recht der Hypothekgläubiger auch auf die Früchte als Bestandtheile des Hypothekenobjekts erstreckt, und der Schuldner daher nicht einmal mit Zustimmung der übrigen einem Gläubiger ein Vorzugsrecht auf die Früchte einräumen kann [10]. In dem zweiten Fall würde der antichretische Vertrag nur durch Eintragung als Dispositionsbeschränkung in die II. Rubrik wie bei der Nutznießung von Wirksamkeit sein, welche Eintragung jedoch nach unserem Recht bei dem Mangel einer darauf bezüglichen gesetzlichen Bestimmung nicht zuläßig ist [11].

2. Der Gläubiger hat Anspruch darauf, daß das Hypothekenobjekt dem Umfang nach unverändert in dem Bestand verbleibe, welchen es zur Zeit der Hypothekbestellung nach der Beschreibung im Hypothekenbuch hatte. Einseitige Veränderungen daran sind unzuläßig; der Eigenthümer kann nicht ein einzelnes Grundstück oder Realrecht dem Hypothekenverbande entziehen, vielmehr bleibt es diesem, wenn auch äußerlich getrennt, unterworfen [12]; ebensowenig darf er einseitig das Objekt theilen oder Vertauschung einzelner Theile vornehmen. In allen diesen Fällen ist die Gültigkeit der Disposition von der Zustimmung der Hypothekgläubiger abhängig, die nur ausnahmsweise durch richterliche Verfügung ergänzt werden kann [13]. Auf bewegliche Sachen erstreckt sich dieß nicht, diese werden vielmehr wenn sie ihm unterworfen waren durch Veräußerung dem Hypothekenverband entzogen [14].

---

[10] Ein vorgehender Gläubiger kann einem nachgehenden nur den Vorrang bezüglich des ganzen Hypothekenobjekts nicht bezüglich einzelner dazu gehöriger Theile einräumen vgl. unten § 192, 2 f.; ebensowenig kann der Schuldner oder Gläubiger durch Eintragung in die III. Rubrik den nachfolgenden Gläubigern ihre Rechte auf einzelne Bestandtheile des Objekts entziehen, da jedem eingetragenen Gläubiger gesetzlich das ganze Objekt mit allen seinen Bestandtheilen haftet.

[11] Gönner, Comment. I. 133. 161. 305. II. 236.

[12] H.G. § 40: Von einem Gutscomplex soll ohne Einwilligung der darauf eingetragenen Gläubiger kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden. Ist es aber dennoch geschehen, so kann sich jeder Hypothekgläubiger an das getrennte Grundstück oder Realrecht halten.

[13] Vgl. unten § 195, 4 f. Besonders geregelt sind die Rechte der Hypothekgläubiger an Bergwerken durch Berggesetz Art. 58, 62, 161 und 162, wovon ausführlicher unten im Bergrecht.

[14] H.G. § 35: Sind bewegliche Zugehörungen veräußert worden, so hat der Hypothekgläubiger gegen den dritten Besitzer derselben keinen Anspruch.

3. Der Gläubiger kann verlangen daß der Schuldner keine Dispositionen vornehme, durch welche der Werth der Sache dauernd vermindert wird. Der Eigenthümer kann daher nicht einseitig die Sache mit einer den Werth derselben mindernden Last belegen [15]. Bei schuldhafter Werthverminderung durch Vernachläßigung oder Verschlimmerung von Seite des Eigenthümers kann der Gläubiger ein gerichtliches Inhibitorium erwirken, oder wenn dadurch die der Hypothekforderung ursprünglich gewährte Sicherheit beeinträchtigt ist, die Heimzahlung vor der Verfallzeit fordern [16]. Ist der Eigenthümer zugleich der persönlich haftende Schuldner, so hat der Gläubiger Ergänzung der Sicherheit durch Hypothekbestellung auf anderen Immobilien des Schuldners anzusprechen [17].

4. Der Gläubiger hat das Recht zu verlangen, daß der Eigenthümer mit den zum Hypothekenobjekt gehörigen Gebäuden der allgemeinen Brandversicherung beitrete. Ist ein Gebäude, auf welchem Hypotheken haften, der Brandversicherung nicht einverleibt, so ist der Schuldner auf gerichtlichen Antrag des Hypothekgläubigers verbunden, derselben beizutreten, oder zur Abtragung der Schuld binnen drei Monaten sich anheischig zu machen, und dafür die erforderliche Sicherheit zu leisten [18]. Ebenso muß, wenn der Eigenthümer eines nicht versicherten Gebäudes in Concurs geräth, auf Verlangen eines Hypothekgläubigers die Einverleibung auf Kosten der Masse vorgenommen wer-

---

[15] H.G. § 45. Nach bayrischem Recht werden dahin Reallasten und Personalservituten nicht aber Prädialservituten gerechnet Gönner, Comment. I. 393.

[16] H.G. § 45. „Vermindert der Schuldner durch Vernachläßigung oder Verschlimmerung der Sache ihren Werth, so kann der Hypothekgläubiger seine Befriedigung vor der Verfallzeit fordern, oder bei Gericht verlangen, daß dem Besitzer in seinen schädlichen Verfügungen Einhalt gethan werde." Als Maaßstab wird die Bestimmung des H.G. § 11 angenommen, wornach eine Forderung als gesichert anzusehen ist, wenn der Güterwerth nach Abzug der vorstehenden Posten den Betrag der Forderung um ein Drittheil übersteigt. Vgl. Gönner, Comment. I. 396. Lehner, H.R. § 107, b.

[17] H.G. § 18: Ist die Sache, worauf der Gläubiger eine Hypothek erworben hat, durch eine aus Verschulden des Eigenthümers entstandene Verschlimmerung im Werthe so gemindert, daß sie dem Gläubiger für seine Forderung nicht mehr hinlängliche Sicherheit leistet, so kann der Gläubiger für das, was ihm daran mangelt, auf andere Güter des Schuldners, andern bereits eingetragenen Gläubigern unbeschadet, eine Hypothek verlangen.

[18] H.G. § 41, 1. Ges. 28/5 1852 Art. 2. Nr. 6.

den [19]. Der Betrag der Versicherung hängt zunächst von der Vereinbarung ab, doch darf er nicht über den wahren Werth und nicht unter der Hälfte des wahren Werths gesetzt werden, und es wird in Ermanglung der Vereinbarung die beantragte höchste Summe, insoferne sie sich in diesen Grenzen hält, gewählt [20]. Ebenso ist die Herabsetzung der Versicherungssumme [21] und der Austritt aus der Brandassekuranz [22] von dem Nachweis der Einwilligung der eingetragenen Gläubiger oder Heimzahlung ihrer Forderungen abhängig. Die Hypothekgläubiger haben zwar nicht an sich Anspruch auf die bei Brandschäden dem Eigenthümer zu zahlende Entschädigungssumme, vielmehr geht ihr Hypothekrecht auf das neu aufzuführende Gebäude über [23]; allein, wenn der Eigenthümer das abgebrannte Gebäude nicht wiederherstellen kann oder will, können sie Zahlung der Entschädigungssumme zum Zweck des Wiederaufbaues ansprechen [24]. Dieser Anspruch ist der Brandversicherungsanstalt gegenüber auch dann begründet, wenn der Eigenthümer durch eigne grobe Schuld den Brandschaden veranlaßt hat, indem hier der Entschädigungsbetrag zum Besten der Hypothekgläubiger für Wiederherstellung des Gebäudes vorzuschießen ist, und die Anstalt sich bezüglich der Rückvergütung lediglich an den Schuldigen zu halten hat [25].

II. Umfang der Dinglichkeit hinsichtlich der Forderung. Das dingliche Recht erstreckt sich gegenüber dem Schuldner außer der Hauptsache auf alle rückständigen Zinsen und Kosten; in Concurrenz mit anderen Hypothekgläubigern dagegen haben nur die Zinsrückstäude des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres die Priorität des Capitals anzusprechen, alle übrigen Zinsrückstände und die Kosten stehen den übrigen Hypothekkapitalien nach [26]. Der

---

[19] H.G. § 41, 2. Ges. 28/5 52 Art. 2. Nr. 7.

[20] Ges. 28/5 52 Art. 15.

[21] Ges. 28/5 52 Art. 17.

[22] H.G. § 41. 4. Ges. 28/5 52 Art. 3 Nr. 3.

[23] H.G. § 76: Bei Abbrennung eines Gebäudes sind die Hypothekgläubiger nicht berechtigt sich an das dafür aus der Brandversicherungsgesellschaft zu empfangende Geld zu halten; jedoch geht ihr Hypothekenrecht auf das neu aufzuführende Gebäude über.

[24] Gönner, Comment. I. 382.

[25] H.G. § 41, 3. Ges. 28/5 52 Art. 51.

[26] H.G. § 43. „Wegen weiterer Rückstände an bedungenen Zinsen, wegen der Verzugszinsen und wegen der auf Ausklagung und Beitreibung einer Hypo-

dritte Besitzer der nicht die persönliche Verpflichtung für die Forderung übernommen hat, haftet nur für die Zinsrückstände des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres [27]. Für die Zinsrückstände des dritten und vierten Jahres sowie zweijährige Verzugszinsen und die Streitkosten hat der Gläubiger den gesetzlichen Hypothektitel anzusprechen [28].

§ 192.

b. Dispositionsbefugniß des Gläubigers.

Das Princip der Publicität des Hypothekenbuchs erstreckt sich insoferne auch auf die Dispositionen des Gläubigers über seine Forderung, als diese dritten gegenüber als verbindlich erscheinen, insoferne sie mit den Einträgen in das Hypothekenbuch übereinstimmen; wenn also nicht aus dem Hypothekenbuch selbst eine Dispositionsbeschränkung zu entnehmen ist [1], steht es in der Befugniß des Gläubigers alle Dispositionen zu treffen, welche über die Forderung getroffen werden können. Die für das Hypothekenverhältniß in Betracht kommenden Verfügungen sind folgende:

1. Die Rangabtretung. Der Hypothekgläubiger hat die Befugniß den durch die Eintragung erworbenen Rang seiner Hypothek an einen

---

thekforderung entstandenen Streitkosten hat der Gläubiger das dingliche Recht auf die hypothecirte Sache zwar gegen seinen Schuldner, solange dieser die Sache besitzt; er kann es aber weder gegen einen dritten Besitzer der Sache geltend machen, noch dafür gegen andere Hypothekgläubiger den Vorzug nach der Eintragung der Hauptschuld, oder im Falle eines Concurses eine Stelle in der zweiten Classe verlangen."

[27] H.G. § 42. „Die Hypothek erstreckt sich gegen den Schuldner sowohl, als gegen jeden dritten Besitzer der Sache, nebst dem Capital auch auf die Zinsen des laufenden und des unmittelbar vorausgegangenen Jahres, wenn dasselbe als ein verzinsliches im Hypothekenbuch (§ 22. Nr. 8) eingetragen ist." Für die während der Zeit seines Besitzes verfallenden Zinsen haftet er persönlich Gönner, Comment. I. 448, Lehner, H.R. § 144 I.

[28] Vgl. oben § 189, 36.

[1] Die Dispositionsbeschränkungen des Hypothekgläubigers können auf den verschiedensten Rechtsverhältnissen beruhen, Gönner, Comment. II. 284. III., Lehner, H.A.O. § 86; besonders hervorgehoben ist die Beschlagnahme, welche auf Veranlassung des zuständigen Richters eingetragen wird H.G. § 156, Proz.O. Art. 974. Wie die Dispositionsbeschränkung so kann auch eine Protestation gegen weitere Verfügung eingetragen werden Erk. 28/1 56 Bl. XXII. 219.

anderen Gläubiger abzutreten, dessen Forderung entweder bereits eingetragen ist oder eingetragen wird [2]. Voraussetzung ist dabei, daß keiner der anderen Gläubiger in seinen durch die Eintragung erworbenen Vorzugsrechten beeinträchtigt wird, dem jüngeren Hypothekgläubiger können also die Vorzugsrechte des älteren Hypothekgläubigers nicht für eine höhere Summe eingeräumt werden als diejenige welche der Forderung des älteren Hypothekgläubigers entspricht [3]. Diese Abtretung setzt lediglich die Uebereinkunft der beiden Hypothekgläubiger voraus; es bedarf dazu nicht der Einwilligung des Schuldners oder der anderen Hypothekgläubiger [4], und ebensowenig notarieller Verbriefung [5]. Ueber die rechtliche Bedeutung und Wirkung der Rangabtretung sind die Meinungen getheilt, indem die einen darin lediglich eine Abtretung des Vorzugsrechtes der früheren Hypothek an die spätere suchen, ohne daß dadurch in der Reihenfolge der Forderungen selbst eine Aenderung herbeigeführt wird, indem sich der ausweichende Hypothekgläubiger nur verpflichtet, dem anderen dasjenige zu überlassen, was für den Ausweichenden seiner Zeit aus dem Erlös des Hypothekenobjekts nach

---

[2] H.G. § 62. „Ein Hypothekgläubiger kann unbeschadet seines Hypothekenrechtes den durch frühere Eintragung erworbenen Vorzug einem späteren Gläubiger abtreten, jedoch wird dadurch den anderen Gläubigern an dem bereits erlangten Vorzuge nichts entzogen." Es ist sogar der gewöhnliche Fall, daß ein bereits eingetragener Gläubiger einem erst einzutragenden im Rang ausweicht. Dagegen kann allerdings einer Forderung, die gar nicht eingetragen wird, der Rang einer eingetragenen Hypothek nicht eingeräumt werden, Lehner, H.R. § 113. Nr. 1. A. M. Gönner, Comment. I. 285 und II. 273 und ein Aufsatz Bl. XXVI. 84; der in dem letzteren angeführte Grund, daß das Gesetz selbst nur Abtretung an einen „Gläubiger" voraussetzt, und demnach die Eintragung des letzteren nicht als Bedingung ausspricht, ist unrichtig, da das Gesetz ausdrücklich Abtretung an einen „späteren" Gläubiger also einen solchen erwähnt, der überhaupt ein Prioritätsrecht hat. Dieß ist H.G. § 151 noch präcisirt: „Wenn ein Hypothekgläubiger das Vorzugsrecht seiner Hypothek einem nachher eingetragenen Gläubiger abtritt . . ." und ebenso setzt Instruktion § 28, 11 voraus, daß beide Forderungen eingetragen seien.

[3] Gönner, Comment. I. 506. Ueber das Verhältniß der Cautionshypotheken vgl. Regelsberger Bl. XXXVI. 209 f.

[4] Der Schuldner ist dabei gar nicht interessirt da es sich hier nur um die Rangordnung der Gläubiger unter sich handelt; die anderen Hypothekgläubiger aber haben kein Interesse zu wahren, da Rangabtretung an und für sich nur gültig ist, insoweit dadurch den anderen Hypothekgläubigern an ihren Rechten nichts entzogen wird.

[5] Zink, Commentar zum Not.Ges. 433.

Maßgabe des seiner Forderung zukommenden Ranges wird flüssig werden, und sich auf Bezahlung an der Stelle des vorgesetzten Gläubigers anweisen läßt [6], während die andere Meinung dahin geht, es liege darin eine völlige Vertauschung der Stellen, so daß der nachfolgenden Hypothek definitiv der Rang der ausweichenden eingeräumt werde [7]. Der Unterschied der beiden Meinungen tritt darin hervor, daß nach der ersteren durch die Abtretung der ausweichende Hypothekgläubiger seinen Rang nicht verliert, und ihn daher unverändert behält, wenn die Hypothek, zu deren Gunsten er die Rangabtretung vornahm, gelöscht wird [8], während nach der letzteren Meinung die Veränderung der Rangverhältnisse in der Art definitiv ist, daß mit der Löschung der vorgesetzten Hypothek die nachfolgenden Gläubiger vorrücken und der ältere Gläubiger den ursprünglichen Rang nur in Folge besonderen Vorbehaltes ansprechen kann [9]. Die erstere Meinung, die mit den gemeinrechtlichen Grundsätzen übereinstimmt [10], ist als die richtigere in unserer Praxis recipirt [11].

2. Die Verpfändung der Hypothek. Der Hypothekgläubiger hat an und für sich die Befugniß sein Forderungsrecht in derselben Weise und mit derselben Wirkung zu verpfänden wie jedes andere Forderungsrecht [12]. Die Verpfändung kann dadurch mit der Wirkung der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs in Verbindung gebracht werden, daß sie in der III. Rubrik vorgemerkt wird [13]. Eine

---

[6] Gönner, Comment. I. 502, II. 272; Bl. XXII. 264 und XXVI. 65.

[7] Lehner. H.R. § 114. Dieß ist auch die Auffassung der Preußischen Praxis Förster, P. P.R. § 199, 56.

[8] Gönner, Comment. I. 503.

[9] Lehner, H.R. § 114 Nr. 4.

[10] s. Blätter XXII. 257 f.

[11] Erk. 6/3 57 Bl. XXII. 265; 18/2 67 Bl. XXXII. 218; 22/12 71 Sammlung I. 296. Graf, Comment. III. 98. Regelsberger in Bl. XXXVI. 210. Die gleiche Entscheidung trifft Entwurf III. 402.

[12] H.G. § 53: Der Gläubiger kann auch eine durch Hypothek versicherte Forderung einem Andern in dem Hypothekenbuche verpfänden. Die Verpfändung erlangt dadurch alle rechtlichen Wirkungen, welche nach den §§ 25 und 26 aus der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuches entspringen. Jedoch kann der Schuldner den Pfandinhaber, ohne Zuziehung des Verpfänders, nicht bezahlen.

[13] H.G. § 155: Verpfändungen einer eingetragenen Hypothek sollen in dem Hypothekenbuche vorgemerkt werden; auch bei solchen Vormerkungen sind die Vorschriften der §§ 107 und 109 in Anwendung zu bringen. Die Vormerkung selbst geschieht in der Hauptcolumne der dritten Rubrik in chronologischer Ord-

derartige Vormerkung setzt immer einen schriftlichen Vertrag [14] voraus, in welchem die Verpfändung der speciell bezeichneten Hypothek für die specificirte Forderung ausgesprochen ist. Diese Verpfändung wird dann in der III. Rubrik eingetragen, und zugleich der Hypothekschuldner hievon verständigt [15]. Dieser hat sich in seinen Zahlungen hiernach zu richten, und kann nicht mehr an den ursprünglichen Hypothekgläubiger ohne Zuziehung des Pfandinhabers ebensowenig aber an den Pfandinhaber ohne Zuziehung des Verpfänders bezahlen [16]. Der Pfandinhaber erhält dadurch Anspruch auf Befriedigung seiner Forderung aus der verpfändeten Hypothek, und er kann diese einziehen indem er sie aufkündigt [17]. Es steht ihm zu diesem Behuf die im Hypothekengesetz begründete Klage zu, und er hat namentlich nach früherem Verfahren das Einlösungsrecht [18]. In seiner Verfügung wird der Verpfänder nur insoweit beschränkt als dieß das Recht des Pfandinhabers nothwendig macht; er kann daher einseitig das Hypothekkapital veräußern, nicht aber das Vorzugsrecht abtreten [19].

3. Die Cession. Der Gläubiger hat die Befugniß, die Forderung mit der Hypothek zu cediren [20], insoweit der Cession der ersteren nicht ein gesetzliches Verbot entgegensteht [21]. Die Cession eines Hypothekkapitals ist mit der rechtsgültigen Cession der Forderung gegeben,

---

nung mit den übrigen Einschreibungen; es wird aber zugleich von derselben in der Seitencolumne der Anmerkungen an dem Orte, wo die verpfändete Hypothek eingetragen ist, eine hinweisende Anzeige gemacht.

[14] Die Verpfändung von Hypothekforderungen unterliegt jetzt dem Verbriefungszwang Graf, Comment. III. 87.

[15] H.G. § 157. Lehner, H.A.O. § 183. Instruktion § 32.

[16] H.G. § 53, 3. Lehner, H.R. § 111, 3.

[17] Windscheid § 239, 16 vgl. mit § 239, 10; Lehner, H.R. § 111, 5. Er kann die Rechte des Verpfänders mit einer actio utilis geltend machen Erk. 7/11 45 Bl. XII. 47; dagegen wurde ihm die nach H.G. § 52 früher gegebene besondere Hypothekzinsenklage nicht eingeräumt Bl. XII. 47 und Arnold, Einklagung § 24.

[18] Erk. 14/4 51 Bl. XVIII. 191.

[19] Lehner, H.R. § 111, 4.

[20] H.G. § 53: Der Gläubiger kann eine durch Hypothek versicherte Forderung mit dem Hypothekrechte einem Andern ganz oder theilweise abtreten.

[21] Durch die Bestimmung des H.G. § 53 sind die in dem Civilrecht begründeten Beschränkungen der Cession nicht aufgehoben Gönner, Comment. I. 336; nur bezüglich des damals noch bestehenden Verbotes der Cession der Forderung eines Juden an einen Christen ist eine Ausnahme gemacht.

besonderer Abtretung des Hypothekenrechts bedarf es nicht [22]. Die Cession der Forderung richtet sich nach den besonderen Bestimmungen des Hypothekenrechts, welche die civilrechtlichen Bestimmungen theils bestätigen theils abändern. Nach der ursprünglichen Fassung des Gesetzes waren, was die Voraussetzungen der Cession betrifft, nur die civilrechtlichen Bestimmungen entscheidend. Es wurde daher regelmäßig ein Cessionsvertrag vorausgesetzt, der, wie dieß den civilrechtlichen Bestimmungen entspricht [23], die Abtretung von Seite des Cedenten und die Annahme von Seite des Cessionars enthielt. Darin war auch durch die Bestimmung des Hypothekengesetzes, daß zu Eintragungen, welche der Schuldner bewilligt, die Erklärung dessen, welcher dadurch ein Recht erhält, nicht erforderlich sei [24], nichts geändert, denn damit war nicht unter Abänderung der civilrechtlichen Bestimmungen die Zuläßigkeit der Cession durch einseitige Erklärung des Cedenten ausgesprochen, sondern es war nur zur Erleichterung des Rechtsverkehrs vorgeschrieben, daß das Hypothekenamt von der Untersuchung, ob die Acceptation des Cessionars vorliege, Umgang zu nehmen habe [25]. Da übrigens zur Gültigkeit eines Cessionsvertrags keine bestimmte Form vorgeschrieben war, so konnte die Acceptation gleichfalls formlos erklärt werden. Hierin trat in Gefolge der neuen Gesetzgebung insoferne eine Aenderung ein, als bei der Voraussetzung, daß nach den Bestimmungen des Notariatsgesetzes die Cession von Hypothekenforderungen dem Verbriefungszwang unterliege, eine Annahme, welche der O.G.H. gegen die entgegenstehende Ansicht [26] consequent fest-

---

[22] Gönner, Comment. I. 188, 3 und 438.

[23] Wie gemeinrechtlich Windscheid § 330, 4 so ist auch nach Bayr. L.R. II. 3. 8 Nr. 1 und Pr. L.R. I. 11. 393 zur Gültigkeit der Cession die Willensübereinstimmung des Cedenten und Cessionars erforderlich.

[24] H.G. § 107: Auf Verlangen oder mit ausdrücklicher Einwilligung desjenigen, für welchen der Eintrag eine Verbindlichkeit hervorbringt, z. B. des Schuldners, des Verkäufers, des Cedenten, oder bei Löschungen des Gläubigers und dgl. kann die Eintragung in das Hypothekenbuch auch ohne Beisein oder Verlangen desjenigen, welcher dadurch ein Recht oder einen Vortheil erhält, vorgenommen werden.

[25] Bl. XXXIII. 146 und 183. Auch Gönner, Comment. II. 79 nimmt an, daß zur rechtsgültigen Cession Acceptation des Cessionars erforderlich sei, und beschränkt daher die Bestimmung des H.G. § 107 auf das Verfahren.

[26] Diese wurde zuerst ausgeführt in Stenglein, Ztschr. II. 17 und 33, dann in den Aufsätzen Bl. XXXI. 113, 194, 201 und XXXII. 369, Z. f. Notariat IV. 4 f.; s. dagegen Zink, Comment. 133, Graf, Comment. III. 85, Z. f. Not. IV. 102.

hielt [27], die Frage entstand, ob unter diesen Verhältnissen die in einer Notariatsurkunde niedergelegte einseitige Erklärung des Cedenten hinreiche, ob nicht vielmehr die Vorlage eines von den Contrahenten geschlossenen Cessionsvertrags erforderlich sei. Dieß wurde von dem O.G.H. bejaht [27a], darauf aber gesetzlich bestimmt, daß bei Cession von Hypothekkapitalien die Acceptation des Cessionars dem Verbriefungszwang nicht unterworfen sei [28]. Hiernach ist also zur Cession einer Hypothekenforderung notarielle Verbriefung wenigstens der Erklärung des Cedenten erforderlich. Außerdem setzt sie Eintragung in das Hypothekenbuch sowie Benachrichtigung des Schuldners voraus [29], auch wird die Cession auf dem Hypothekenbrief bemerkt, ohne daß jedoch die Unterlassung der letzteren Formalität der Wirkung der Eintragung präjudicirte [30]. Das Recht der Cession steht dem Gläubiger ohne Rücksicht auf den Schuldner zu; es bedarf weder der Einwilligung desselben [31], noch kann dieser eine Protestation dagegen eintragen lassen [32]. Die Forderung kann auch theilweise cedirt werden; jeder Theil behält, wenn nicht einem Theil ausdrücklich ein höherer Rang eingeräumt und dieß im Hypothekenbuch bemerkt ist, den Rang den das Ganze hatte [33]. Der Cedent haftet für die Einbringlichkeit nur, wenn er diese Haftung besonders übernimmt, was nach der Verbriefung des Cessionsvertrags formlos geschehen kann [34]. Der Cedent der für die Einbringlichkeit haftet wird von seiner Regreßpflicht durch Ausübung des Einlösungsrechtes von Seite des Cessionars nicht befreit [35]. Mit Eintragung

---

[27] Erk. 24/4 64 und 10/9 64 Bl. XXXI. 193, 195; 27/1 65 Bl. XXXI. 232; 7/5 67 Bl. XXXII. 340; 15/11 67 Bl. XXXIII. 105. Eine entgegenstehende Entscheidung ist 26/2 66 Bl. *XXXI. 209.

[27a] Erk. 3/1 68 Bl. XXXIII. 136; vgl. darüber, Z. f. Not. V. 166.

[28] L.T.Absch. 29/4 1869 § 60 ..... „bei Uebertragung oder Verpfändung einer im Hypothekenbuch eingetragenen Forderung ist die Angabe des Berechtigten ... dem Gebot des Art. 14 des Notariatsgesetzes nicht unterworfen."

[29] H.G. § 22, 8, § 26, 6 und § 157.

[30] H.G. § 167.

[31] Gönner, Comment. I. 435. Erk. 28/1 56 Bl. XXII. 222.

[32] A. Erk. 17/11 48 Bl. XIV. 185.

[33] Gönner, Comment. I. 435. II. 274.

[34] Erk. 13/5 67 Bl. XXXI. 332 spricht aus, daß eine derartige Uebereinkunft, welche in den später notariell verbrieften Cessionsvertrag nicht aufgenommen wurde, nicht bindend sei, daß dagegen eine nach der Verbriefung vereinbarte derartige Stipulation dem Verbriefungszwang nicht unterliege.

[35] Erk. 10/9 64 Bl. XXIX. 410.

der Cession hat sich der Schuldner, der davon verständigt wurde, mit seinen Zahlungen hiernach zu achten, er darf also nicht mehr an den Cedenten zahlen [36]. Diese Verpflichtung ist für ihn schon vor der Eintragung von dem Zeitpunkt an gegeben, wo er von der Cession Kenntniß erhalten hat [37].

4. Ablösung. Der Hypothekgläubiger kann einen anderen Hypothekgläubiger ablösen. Voraussetzung ist Einwilligung des Schuldners, oder gerichtliche Einklagung der abzulösenden Forderung [38]. In diesem Fall kann jeder Hypothekgläubiger durch Zahlung des Capitals und der bis zur bedungenen Aufkündigungszeit verfallenden Zinsen sowie der Prozeßkosten und, wenn die angebotene Zahlung nicht angenommen wird, durch gerichtliche Hinterlegung die Forderung des abzulösenden Hypothekgläubigers in der Art erwerben, daß die Rechte desselben auf ihn von selbst übergehen [39]. Die Ablösung hat die Wirkung der Cession [40]. Es hört deßhalb das dingliche Recht des abgelösten Gläubigers auf und das Subhastationsverfahren ist beendigt [41]. Unter mehreren Hypothekgläubigern entscheidet die Prävention [42].

§ 193.

c. Geltendmachung des Hypothekenrechts.

Durch Bestellung der Hypothek entsteht für den Schuldner und jeden nachfolgenden Eigenthümer des Hypothekenobjekts die Verbind-

---

[36] H.G. § 157: Das Hypothekenamt muß von dem Eintrage jeder an der Person des Gläubigers vorgegangenen Veränderung dem Hypothekschuldner Nachricht geben, und dieser ist verbunden sich hiernach in seinen Zahlungen zu achten.

[37] Gönner, Comment. I. 281.

[38] Nur bei Einklagung des Capitals nicht aber der Zinsen ist das Ablösungsrecht gegeben Gönner, Comment. I. 512.

[39] H.G. § 63: Die Ablösung der Forderung eines Hypothekgläubigers durch einen andern Hypothekgläubiger findet nur dann statt, wenn entweder der Schuldner einwilligt, oder der abzulösende Gläubiger seine Forderung gerichtlich eingeklagt hat. Zu dieser Ablösung wird die Zahlung der bis zum Ablauf der bedungenen Aufkündigungszeit verfallenden Zinsen, oder, wenn der Gläubiger die angebotene Zahlung nicht annehmen will, die Hinterlegung des Geldes bei Gericht erfordert.

[40] Gönner, Comment. I. 513, 9.

[41] Lehner, H.R. § 117.

[42] Gönner, Comment. I. 512, 6.

lichkeit, die Forderung aus dem Hypothekenobjekt zu befriedigen; außerdem bleibt die persönliche Verpflichtung des ursprünglichen Schuldners und aller durch Expromission an seine Stelle tretenden Nachfolger daneben bestehen. Die Gläubiger können daher gegen den ursprünglichen Schuldner oder dritten Besitzer, der durch Expromission an seine Stelle getreten ist, die persönliche oder dingliche Klage stellen, oder beide verbinden; gegen den dritten Besitzer der die persönliche Haftung nicht übernommen hat, ist nur die dingliche Klage gegeben [1]. Für diese gelten folgende Grundsätze:

1. Voraussetzung der Klage ist Fälligkeit einer im Hypothekenbuch eingetragenen Forderung. Die Klage kann daher nicht gestellt werden auf Grund einer nur vorgemerkten Forderung [2], ebensowenig auf Grund einer gelöschten Forderung, auch wenn die Rechtsgiltigkeit der Löschung angefochten wird [3]. Der Fälligkeit durch Aufkündigung oder Zeitablauf steht gleich die Ablösung eines fruchtbringenden Realrechtes [4], Zertrümmerung eines Gutscomplexes durch einseitige Verfügung des Eigenthümers [5], Werthsverminderung des Hypothekenobjektes durch Vernachläßigung oder Deterioration von Seite des Schuldners [6],

---

[1] H.G. § 49. „Der Gläubiger erlangt durch die Hypothek das dingliche Recht, die Befriedigung seiner Forderungen aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen. Er kann unbeschadet seines Hypothekrechts den Schuldner aus dem Rechtsgeschäfte, wofür die Hypothek erworben wurde, persönlich belangen; es steht ihm aber auch frei, entweder die persönliche Klage mit der aus der Hypothek entspringenden dinglichen Klage zu verbinden, oder gleich die dingliche Klage allein anzustellen." Die folgende Darstellung des Verfahrens muß sich auf die allgemeinsten Angaben beschränken, da die seit 1. Juli 1870 geltende neue Prozeßordnung demnächst wieder beseitigt werden wird. Dabei kann jedoch die Berücksichtigung des älteren Verfahrens nicht umgangen werden, da vereinzelt immer noch Anwendungsfälle für dieses gegeben sind.

[2] Erk. 23/4 66 Bl. XXXI. 397. Gönner, Comment. I. 327 und 417.

[3] Erk. 4/10 47 Bl. XIII. 218.

[4] H.G. § 38: Wird aber ein Ablösungskapital bedungen, so darf dasselbe ohne Einwilligung der Hypothekgläubiger nicht bezahlt werden, und diese können daraus ihre Befriedigung verlangen, wenn auch ihre Forderungen noch nicht fällig sind.

[5] H.G. § 39: Wird ein Gutscomplex zertrümmert, so ist kein Hypothekgläubiger schuldig, sich mit seiner Hypothek auf einzelne Grundstücke anweisen zu lassen, sondern er kann die Zahlung fordern, wenn auch die Verfallzeit noch nicht eingetreten ist.

[6] H.G. § 45. Vgl. oben § 191, 16.

Weigerung des Schuldners die Gebäude der Brandversicherung einzuverleiben [7], da in allen diesen Fällen dem Gläubiger die Befugniß zusteht, die Befriedigung seiner Forderung zu verlangen, auch wenn diese noch nicht fällig ist.

2. Als Kläger ist derjenige legitimirt, welcher im Hypothekenbuch als Gläubiger eingetragen ist [8]. Auf Grund der eingetragenen Verpfändung einer Hypothekforderung kann jedoch der Afterpfandgläubiger die Klage stellen [9]. Beklagter ist der im Hypothekenbuch eingetragene Besitzer, auch der dritte Besitzer [10].

3. Der Anspruch gegen den ursprünglichen Schuldner umfaßt außer der Hauptsache alle Zinsrückstände, die Verzugszinsen und Streitkosten, der gegen den dritten Besitzer nur die Hauptsache und die Zinsrückstände des laufenden und unmittelbar vorhergehenden Jahres, und geht in diesem Umfang auf Befriedigung aus dem Hypothekenobjekt [11].

4. Nach früherem Verfahren, das auch jetzt noch in einzelnen durch das Gesetz bestimmten Fällen [12] zur Anwendung kommen kann, steht es dem Gläubiger zu, die Befriedigung nach seiner Wahl aus den Früchten oder aus der Substanz der Sache zu suchen.

Die Befriedigung aus den Früchten erfolgt durch Immission. Diese kann nach älterem Verfahren in dreifacher Weise geschehen, durch Uebertragung des körperlichen Besitzes der Sache an den Gläubiger zu dessen eigener Verwaltung, durch Einweisung des Gläubigers in die Früchte und Renten, und durch Sequestration der Früchte zur Aus-

---

[7] H.G. § 41. Vgl. oben § 191, 19.

[8] Vgl. oben § 185, 23.

[9] Vgl. oben § 192, 17.

[10] H.G. § 54. Erk. 2/10 69 Bl. XXXIV. 397.

[11] H.G. § 43. „Wegen weiterer Rückstände an bedungenen Zinsen, wegen der Verzugszinsen und wegen der auf Ausklagung und Beitreibung einer Hypothekforderung entstandenen Streitkosten hat der Gläubiger das dingliche Recht auf die hypothecirte Sache zwar gegen seinen Schuldner, so lange dieser die Sache besitzt; er kann es aber weder gegen einen dritten Besitzer der Sache geltend machen, noch dafür gegen andere Hypothekgläubiger den Vorzug nach der Eintragung der Hauptschuld oder im Falle eines Concurses eine Stelle in der zweiten Classe verlangen."

[12] Nach Einf.Ges. zur Proz.O. Art. 20 und 21 ist dieß der Fall, wenn am 1. Juli 1870 das Exekutionsverfahren eine Gant ein Falliment oder ein gerichtliches Vertheilungsverfahren bereits eingeleitet war.

händigung an den immittirten Gläubiger [13]. Ist noch kein anderer Gläubiger immittirt, so muß dem Antrag auch ohne Vernehmung der übrigen Hypothekgläubiger stattgegeben werden [14]. Wenn dagegen mehrere Hypothekgläubiger zugleich die Immission nachsuchen, oder wenn ein Gläubiger bereits immittirt ist, so muß bei der Immission die Priorität der verschiedenen Forderungen berücksichtigt werden [15]. Der immittirte Gläubiger hat Anspruch auf alle Civil- und Naturalfrüchte der Sache [16], soweit diese zur Zeit der Immission als Theile der Sache anzusehen sind [17]. Die Früchte werden dem Gläubiger an den Zinsen und Kosten der Ueberschuß am Capital abgerechnet [18]. Wird die Sache selbst dem Gläubiger ausgeantwortet, so muß er sie mit der Sorgfalt eines guten Hausvaters verwalten [19] und Rechnung darüber stellen [20]. Durch die Prozeßordnung von 1869 ist jetzt für die Immission in die Erträgnisse unbeweglicher Sachen ein besonderes Verfahren vorgeschrieben [21], welches von den Hypothekgläubigern ebenso wie von anderen Gläubigern einzuschlagen ist, wenn sie auf diesem Weg die Befriedigung ihrer Forderung suchen wollen.

5. Die Befriedigung aus der Substanz der Sache erfolgt durch Zwangsverkauf, für welchen nach dem früheren Recht folgende Grund-

---

[13] H.G. § 51: Vermöge der dinglichen Klage kann der Gläubiger verlangen, aus der Sache, worauf er die Hypothek erworben hat, befriedigt oder zu seiner Befriedigung sogleich in den Besitz und Genuß der Sache nach den gesetzlichen Vorschriften eingesetzt zu werden. Im letzten Falle muß der Gläubiger über die Früchte Rechnung ablegen, und alles dasjenige erfüllen, wozu der Gläubiger bei dem Nutzungspfande nach den Civilgesetzen verbunden ist. Die genossenen Früchte werden dem Gläubiger zuerst an den Zinsen und Kosten der Ueberschuß an dem Capital abgerechnet.

[14] Gönner, Comment. I. 492.

[15] Vgl. unten § 194, 20.

[16] Erk. 15/4 39 Bl. VII. 288 spricht aus, daß auch die Windbrüche dazu gehören.

[17] Vgl. oben § 191, 5. Demnach können Civilfrüchte nicht beliebig zum Schaden der Hypothekgläubiger vorausbezahlt werden Gönner, Comment. I. 423 oben § 191, 6.

[18] H.G. § 51 oben Note 13.

[19] G.O. XVIII. 6. Nr. 2. Gönner, Comment. I. 421. Lehner, H.R. § 96 und Prior.O. § 136.

[20] G.O. XVIII. 6. Nr. 3.

[21] Proz.Ordnung 1869 Art. 1007—1037.

[22] Ueber das frühere Verfahren vgl. Lehner, Prioritätsordnung § 139 f.,

sätze gelten [22]: Mit der Versteigerung wird ein im Sprengel des betreffenden Bezirksgerichts wohnhafter Notar beauftragt [23]; zugleich müssen die Hypothekgläubiger von dem Subhastationserkenntniß benachrichtigt [24] und die Interessenten zur Benennung der zur Schätzung beizuziehenden Sachverständigen und zur Bezeichnung der zur Bekanntmachung bestimmten öffentlichen Blätter aufgefordert werden [25]. Der Subhastation geht die Wertherhebung voraus, welche zunächst dadurch herzustellen ist, daß aus den Rechnungen der letzten fünf Jahre aus den Grundbüchern, Forst- Stifts- und Gefällregistern und anderen dienlichen Behelfen Guts- und Ertragsanschläge gefertigt werden [26]. Sind solche Behelfe nicht vorhanden, oder beruhigen sich die Betheiligten nicht dabei, so wird zur Werthserhebung durch Abschätzung geschritten. Zeit und Ort der Schätzung hat der Notar dem Prozeßgericht anzuzeigen, das davon die Parteien rechtzeitig zu verständigen hat [27]. Die Schätzung selbst wird von drei Sachverständigen vorgenommen, von denen einen der Gläubiger einen der Schuldner und einen das Prozeßgericht zu benennen hat [28]. Gläubiger und Schuldner können bei der Abschätzung zugegen sein und binnen acht Tagen Erinnerungen dagegen vorbringen. Die durch den Notar anzuberaumende Versteigerungstagsfahrt muß nach dem Umfang des Objektes drei Wochen bis zwei Monate vorher durch Anschlag und Einrückung in öffentliche Blätter bekannt gemacht [29] und zugleich muß den Hypothekgläubigern durch das Gericht der Versteigerungstag besonders bekannt gegeben werden [30], weßhalb der Notar dem Prozeßgericht rechtzeitig Anzeige davon zu machen hat [31]. Der Schuldner kann bis zur Verkündung des erstrichterlichen Zuschlagsdekretes durch vollständige Befriedigung der Forderung für welche Exe-

---

Seuffert, Commentar IV. 323, 23. Ueber das in München vorkommende Zusammentreffen mit der Ewiggeldgant vgl. Bl. XXIII. 161 und XXIV. 97.

[23] Not.G. Art. 52.

[24] H.G. § 66.

[25] Novelle 1837 § 80 c und § 87. Geschäftsordnung für die Notare § 110. Lehner, Prior.O. § 140. Seuffert, Comment. IV. 324, 27.

[26] Novelle 1837. § 87.

[27] Geschäftsordnung für Notare § 111.

[28] Novelle 1837. § 87.

[29] Novelle 1837. § 90.

[30] H.G. § 64.

[31] Geschäftsordnung für Notare § 115.

cution impetrirt ist und aller Kosten [32] oder Beibringung eines Käufers [33] den öffentlichen Verkauf abwenden. Ebenso kann er Einstellung des Verfahrens erwirken, wenn er gehörig nachweist, daß der von anderen Lasten freie Jahresertrag des Hypothekenobjektes zur Zahlung der eingeklagten Schuld [34] an Kapital Zinsen und Kosten hinreiche und sich zur Einweisung erbietet, wobei jedoch vorausgesetzt wird, daß das Rechtsmittel von dem Schuldner binnen vierzehn Tagen von Zustellung des Zahlungsbefehls an eingelegt sei [35], und der Einweisung kein Hinderniß entgegen stehe, außerdem der Gläubiger Fortsetzung des Verfahrens verlangen kann [36]. Jeder Gläubiger ist berechtigt Versteigerung auf Baarzahlung zu verlangen, und es muß diese vorausgesetzt werden, wenn nicht von Seite der Gläubiger eine Frist zur Zahlung des Kaufschillings zugestanden wird [37]. Zur Steigerung werden weder der Schuldner noch der mit der Versteigerung Beauftragte und der Protokollführer zugelassen; außerdem nur solche Personen, deren Zahlungsfähigkeit notorisch oder besonders nachgewiesen ist [38]. Wird in dem ersten Versteigerungstermin durch das Meistgebot der der Versteigerung zu Grund gelegte Schätzungswerth erreicht, so wird

[32] Novelle 1837. § 107. Der hier gebrauchte Ausdruck: „bis zur wirklichen Versteigerung und auch nachher bis zu erfolgtem Zuschlag" ist von Lauck Bl. VI. 121 in der oben angeführten Weise ausgelegt, welcher Auslegung sich Erk. 10/8 41 Bl. VIII. 112 anschließt vgl. Seuffert, Comment. IV. 335, 78.

[33] Novelle 1837. § 107. Der Schuldner kann auch bis zu diesem Zeitpunkt selbst einen Käufer beibringen d. h. die Befriedigung der Gläubiger durch einen Dritten vornehmen lassen, der dann als Käufer erscheint. Die Entscheidung, ob dadurch die vollständige Befriedigung der Gläubiger bewirkt sei, steht dem Gericht zu Erk. 16/12 53 Bl. XX. 364.

[34] Bl. XXVI. 289 ist ausgeführt, daß sich die Verpflichtung der Befriedigung auf die eingeklagten Forderungen beschränke.

[35] Novelle 1837. § 71.

[36] H.G. § 64: Wenn ein Schuldner behauptet, daß der von andern Lasten freie Ertrag eines Jahres von dem hypothecirten Gute zur Zahlung der eingeklagten Schuld an Capital, Zinsen und Kosten hinreiche, und den Beweis durch unverdächtige Pachturkunden oder Wirthschaftsrechnungen oder sonst auf der Stelle führt, und zugleich sich erbietet, den Gläubiger in die Einkünfte einzuweisen, so muß das Verfahren von dem Gerichte eingestellt solches aber sogleich auf Anrufen des Gläubigers wieder fortgesetzt werden, wenn wider die Zahlung ein Einspruch geschieht, oder sonst ein Hinderniß dagegen eingelegt wird.

[37] Novelle 1837. § 104.

[38] Novelle 1837. § 96. Ueber den Nachweis der Zahlungsfähigkeit s. Bl. XIX. 369.

dem Käufer definitiv zugeschlagen [39]. Wird durch das Meistgebot der Schätzungswerth nicht erreicht, oder erfolgt gar kein Gebot, so hat sowohl der Schuldner als jeder mit Verlust bedrohte Hypothekgläubiger das Recht zu verlangen, daß eine längstens vier Wochen nach der ersten anzuberaumende zweite Versteigerung gehalten werde, bei welcher der Zuschlag ohne Rücksicht auf den Schätzungswerth an den Meistbietenden erfolgt [40]. Wird gar kein Angebot abgegeben, so wird, wenn nicht andere Gläubiger betheiligt sind oder diese einwilligen, dem Kläger auf seinen Antrag das Gut um die Taxe zugeschlagen oder verpachtet, oder er wird in dasselbe immittirt, oder es wird sequestrirt, oder es wird endlich auf seine Kosten neuerdings feilgeboten [41]. Die über die Versteigerung aufgenommene Urkunde ist unmittelbar nach dem Schluß der Versteigerung dem Prozeßgericht zu übersenden, welches dann das Adjudikationsdekret zu ertheilen hat [42]. Wird bei der Versteigerung das Objekt zugeschlagen, so muß die Zahlung des Kaufschillings innerhalb der bestimmten Frist und bei Baarzahlung wenigstens innerhalb vierzehn Tagen von der Eröffnung des Zuschlagsdekretes an erfolgen, außerdem wird auf Anrufen der Gläubiger auf Kosten des Steigerers, der für den Mindererlös haftet, eine weitere Versteigerung abgehalten [43]. Dieser Termin bestimmt auch den Zeitpunkt bis zu welchem der Schuldner bei Vermeidung der Exmission das Objekt zu räumen hat [44]. Das Hypothekenobjekt geht auf den Käufer frei von allen Hypotheken über, welche nicht in Folge der der Versteigerung zu Grund gelegten

---

[39] H.G. § 64. Es steht keinem Gläubiger ein Einlösungsrecht zu unten Note 50, und ebensowenig kann ein Gläubiger eine zweite Versteigerung verlangen Erk. 22/2 50 Bl. XXIV. 382.

[40] Novelle 1837. § 98. 99. Das H.G. § 64 hatte drei Termine angeordnet, und erst bei der dritten Versteigerung wurde unbedingt zugeschlagen.

[41] Novelle 1837. § 100. Es ist keine Veranlassung, die Gläubiger von der Versteigerung auszuschließen, da das Gesetz darüber klare Vorschriften enthält oben Note 38. Die Bestimmung der Novelle 1837. § 100 gab Seuffert, Comment. IV. 330, 58 Veranlassung zu behaupten, der Gläubiger könne sich durch Selbstbieten den Zuschlag unter der Taxe nicht verschaffen. Diese Ansicht ist ausdrücklich verworfen Erk. 14/10 51 Bl. XVII. 37 vgl. auch Bl. XII. 77 und XXI. 70. Ueber das Ablösungsrecht (jus delendi), welches nach früherem Verfahren zuläßig war, obwohl es in dem Hypothekengesetz nicht erwähnt ist vgl. unten § 195, 26.

[42] Geschäftsordnung f. d. Notare § 116.

[43] Novelle 1837. § 105.

[44] Novelle 1837. § 106.

Bedingungen von diesem zu übernehmen sind, und daher als fortbestehend auf ihn überwiesen werden [45]; es werden daher auf Grund eines Zeugnisses des Prozeßgerichts alle von dem Käufer nicht ausdrücklich zu übernehmenden Hypotheken gelöscht [46]. Aus dem Kaufpreis, soweit er zureicht, werden die Hypothekgläubiger nach der gesetzlichen Ordnung befriedigt [47]; nur insoferne die Forderung noch nicht fällig ist, muß sich der Gläubiger mit anderweitiger Sicherstellung begnügen, soweit nicht die Forderung auf der Sache belassen wird. Es findet dieß namentlich Anwendung auf Hypotheken, welche bloß zur Sicherheit für eine Verwaltung eine Vormundschaft oder Bürgschaft eingetragen sind [48], bei Leibrenten [49], dann auf vorgemerkte Forderungen und solche gegen welche eine Protestation eingetragen ist, oder gegen deren Bezahlung bei der Kaufschillingsberechnung von einem Betheiligten Einsprache erhoben wird [50]. Erfolgt die Adjudikation für ein Meistgebot, welches den Schätzungswerth nicht erreicht [51], so steht, wenn der Zwangsverkauf außerhalb des Conkurses geschieht [52], jedem Hypothekgläubiger [53], der seine Forderung [54] ganz oder zum Theil verlieren

---

[45] H.G. § 81: Wird eine Sache im Concurse oder im Wege der Execution durch öffentliche Versteigerung verkauft, so geht sie auf den Käufer frei von allen Hypotheken über, welche nicht als fortbestehend auf ihn überwiesen worden sind.

[46] H.G. § 164: Zu Löschung der Hypotheken wegen unfreiwilligen gerichtlichen Verkaufs (Titel I. § 81) wird ein Zeugniß des zuständigen Gerichts erfordert, daß der Käufer die Sache frei von allen darauf vorhin eingetragenen Hypotheken an sich gebracht habe. Ist diesem Zeugniße zufolge eine oder die andere Hypothek als fortbestehend auf ihn überwiesen worden, so werden mit Ausnahme derselben die übrigen Hypotheken gelöscht.

[47] Ueber die Zinsenberechnung bei Zwangsversteigerungen außer dem Universalkonkurs vgl. Kleiner, Bl. *XIX. 113.

[48] Gönner, Comment. I. 570.

[49] Gönner, Comment. I. 498 und 571.

[50] Bl. XVII. 211.

[51] Ist dieser erreicht so steht keinem Hypothekgläubiger ein Einlösungsrecht zu. Pl. Beschl. 19/5 47 Moritz I. 242.

[52] Beim Zwangsverkauf im Concurs kann jeder Gläubiger das Einlösungsrecht ausüben H.G. § 69, dagegen nicht bei Subhastation außerhalb des Concurses Erk. 17/10 53 Bl. XIX. 220.

[53] Dem Schuldner steht das Einlösungsrecht nicht zu Erk. 11/7 42 Bl. VIII. 271.

[54] Es erstreckt sich dieß außer der Hauptsache auf die privilegirten zweijährigen und die von der Zeit des Ausschreibens der Zwangsversteigerung an

würde, das Einlösungsrecht zu. Dem eingetragenen Hypothekgläubiger [55] steht der eingetragene Afterpfandgläubiger gleich [56]. Der einlösende Gläubiger muß bei Verlust desselben das Rechtsmittel binnen acht Tagen vom Tage der Versteigerung an gerechnet anmelden, und zugleich die Mittel zur Befriedigung der ihm vorhergehenden Gläubiger nachweisen [57]. Bei Concurrenz mehrerer Hypothekgläubiger hat der jüngere den Vorzug [58].

Dieses für die Zwangsveräußerung auf Grund der Hypothekenklage besonders vorgeschriebene Verfahren ist durch die Proceßordnung von 1869 beseitigt, nach welcher unter Abschaffung des Einlösungs- und Ablösungsrechts die Zwangsveräußerung auf Grund der Hypothekenklage nach den für die Zwangsveräußerung unbeweglicher Sachen allgemein getroffenen Bestimmungen [59] sich richtet [60]. Es erstreckt sich dieß auch auf die Hypothekzinsenklage, für welche in ihrer Eigenschaft als dingliche Klage ein besonderes Verfahren vorgeschrieben und bei der für die Befriedigung durch Zwangsverkauf des Hypothekenobjekts das oben erörterte Executionsverfahren in Anwendung war [61]. Für diese haben nach neuerem Verfahren die Hypothekenbriefe über Hypothekkapitalien, die vor dem 1. Juli 1862 eingetragen sind, die Geltung einer vollstreckbaren Urkunde [62].

---

verfallenen Zinsen nicht aber auf die älteren Zinsrückstände A. Erk. 4/5 53 Bl. XIX. 31; Erk. 18/7 56 Bl. XXI. 507; 6/12 56 Bl. XXIII. 64. Vgl. Fleißner, Bl. XXI. 305.

[55] Die bloße Vormerkung einer Forderung begründet dieses Recht nicht Seuffert, Comment. IV. 337, Graf, Comment. III. 103, Bl. XVII. 97. A. M. Lehner, H.R. § 119, 1.

[56] Erk. 14/4 51 Bl. XVIII. 191.

[57] Vgl. Hartter, Nachweis der Zahlungsfähigkeit Bl. XIX. 375—381.

[58] Vgl. unten § 194, 24.

[59] Proz.O. Art. 1038—1138. Eine ausführliche Darstellung s. Z. A. V. X. 49 f. 65 f. 81 f.

[60] Durch Einf.Ges. Art. 3 Nr. 1 und 13 sind die Bestimmungen des Hypothekengesetzes und der Novelle von 1837 über die Subhastation von Hypothekenobjekten abgeschafft, und sind nur für die am 1. Juli 1870 schon anhängigen Sachen als noch anwendbar erklärt, oben Note 12. Ueber die Frage, ob das Einlösungsrecht in diesen vorbehaltenen Fällen noch geltend gemacht werden könne vgl. Z. f. Not. VII. 225 und 289.

[61] Vgl. über das ältere Verfahren Seuffert, Comment. II. 73 und 78; Arnold, die Einklagung der Hypothekcapitalzinsen in Bayern Erlangen 1855.

[62] Einf.Ges. Art. 25 vgl. mit Not.Ges. Art. 80 und 81 und Proz.O. Art. 822.

§ 194.

d. Verhältniß mehrerer Hypothekgläubiger zu einander.

Für die Rangordnung der Hypotheken sind nach bayrischem Recht nicht die gemeinrechtlichen Grundsätze entscheidend, sondern sie wird lediglich durch die Reihenfolge der Eintragung bestimmt. Jede Hypothekforderung hat nach dem Princip der Publicität nur diejenigen Rechte, welche sich aus dem Hypothekenbuch ergeben; es entscheidet daher weder die Zeit der Entstehung noch der Inhalt des Rechtstitels, sondern allein die Thatsache der Einschreibung in das Hypothekenbuch. Diese allein ist entscheidend nicht nur für die Entstehung des dinglichen Rechts der einzelnen Forderung sondern auch für die Beziehungen zu anderen Hypothekforderungen an demselben Objekt in den Fällen, wo eine Concurrenz hinsichtlich der Befriedigung der Forderung oder der Ausübung der damit verbundenen Rechte eintritt. Für die Bestimmung und Wirkung der Priorität gelten folgende Grundsätze:

I. Bestimmung der Priorität. Regelmäßig wird die Rangordnung der Hypothek durch den Zeitpunkt der Eintragung bestimmt [1], in der Art, daß für die einzelne Hypothek der Tag der Eintragung entscheidet [2], wobei Forderungen, welche am nämlichen Tag eingetragen sind, unter sich gleiche Rechte anzusprechen haben [3]. Ausnahmen von dieser Regel können begründet sein:

---

[1] H.G. § 59. „Der Vorzug unter den Hypothekgläubigern richtet sich ohne alle andere Rücksicht blos nach dem Zeitpunkt (§ 23) wie auf ein bestimmtes Gut jede Hypothek vor der andern in das Hypothekenbuch eingetragen ist; jedoch mit Vorbehalt des § 10 des Einführungsgesetzes." Nach dem letzteren haben die im Laufe des Einführungstermins angemeldeten Forderungen denjenigen Vorzug behalten, welcher ihnen nach der bis zu diesem Zeitpunkt an dem Sitz des Hypothekenamts geltenden Prioritätsordnung zukamen; vgl. Lehner, H.R. § 127.

[2] H.G. § 23: Der Vorzug der eingetragenen Forderungen ist bloß nach dem Tage des Eintrages zu beurtheilen; daher genießen alle an demselben Tage in dem Hypothekenbuche eingetragenen Forderungen gleichen Rang, wenn nicht durch einen ausdrücklichen Vertrag einer Hypothek ein bestimmter Rang im Voraus zugewiesen worden.

[3] H.G. § 60: „Forderungen, welche am nämlichen Tage eingetragen sind, haben unter sich gleiche Rechte, und kommen nach den Bestimmungen des § 23 in den Fällen, wo der Vorzug einer Hypothek entscheidet, nach Größe jeder Forderung verhältnißmäßig zum Bezuge." In H.G. § 23 war die Führung eines

1. Durch Vertrag, indem der Schuldner der einzutragenden Hypothek einen bestimmten Rang im voraus einräumt, und ihr dadurch die Priorität vor anderen an demselben Tag nach dieser angemeldeten Forderungen sichert [4], oder indem ihr der Schuldner einen bestimmten Platz nach einer erst einzutragenden Forderung einräumt, für welche letztere der Rang vorbehalten wird, und deren Betrag und Rang zugleich vorzumerken ist, wobei nur der Name des Gläubigers noch ausgesetzt bleibt [5].

2. Durch Rangvorbehalt einer erloschenen Hypothek. Wird eine Hypothek gelöscht, so rücken die nachfolgenden Hypotheken nach der Ordnung ihrer Eintragung im Rang vor. Der Eigenthümer kann jedoch den Rang einer erloschenen aber noch nicht gelöschten Hypothek einem anderen Gläubiger einräumen [6]. Voraussetzung ist dabei, daß die subrogirte Hypothek weder hinsichtlich der Hauptsumme noch hinsichtlich der Zinsen eine größere Belastung bewirkt als diejenige Forderung für welche subrogirt werden soll. Der Schuldner kann daher nicht nur kein der Summe nach größeres Capital sondern er darf auch nicht einer bloßen Caution eine definitive [7], einer der Zeit nach beschränkten eine unbegrenzte, einer Verbandhypothek eine auf das betreffende Objekt beschränkte, einer unverzinslichen eine verzinsliche Hypothek sub-

---

besonderen Hypothekenprotokolls vorgeschrieben, und es war die Eintragung in dieses für die Priorität unerledigter Anmeldungen entscheidend. Jetzt vertritt die Stelle desselben das nach der Geschäftsordnung 20/9 1863 § 4—7 zu führende Tagebuch des Hypothekenamts. Erk. 24/4 66 Bl. XXXI. 336 und J. M.Bl. 1866 S. 102; vgl. darüber Graf, Comm. III. 49, Z. f. Not. III. 273.

[4] H.G. § 23 oben Note 2.

[5] H.G. § 150: Hat sich der Schuldner bei einer Forderung das Recht vorbehalten, noch vor derselben einer anderen Forderung den Rang einzuräumen, oder hat er derselben nur einen bestimmten Platz zum Beispiel die zweite Hypothek zugestanden, so muß bei dem Eintrag jener Hypothek die vorbehaltene Hypothek unter ihrer eigenen Nummer und mit einer bestimmten Summe vorgemerkt, auch ihr Vorzug ausgedrückt, und in der letzten Columne bemerkt werden, daß die Benennung des Gläubigers noch vorbehalten sei. Wenn diese erfolgt, so wird dann am gehörigen Orte der Rechtstitel und der Name des Gläubigers eingetragen.

[6] H.G. § 84: Der Schuldner kann nach erloschener aber im Hypothekenbuche noch nicht gelöschter Hypothek den Rang dieser Hypothek einem Andern, auch einem neuern Gläubiger jedoch für keine größere Summe einräumen.

[7] Erk. 21/5 53 Bl. XVIII. 413, 22/3 64 Bl. XXIX. 234; Regelsberger, Sicherheitshypothek Bl. XXXVI. 232 f.

rogiren [8]. Die Subrogation ist auch zuläßig bei theilweiser Löschung für den gelöschten Theil [9], jedoch nicht, wenn allmählige Verminderung der Pfandschuld durch Festsetzung bestimmter Abtragungsfristen ausbedungen ist [10]. Der Eigenthümer kann entweder die Subrogation sofort vornehmen [11], oder sich lediglich die spätere Subrogation durch Rangvorbehalt sichern [12]. Das Recht der Subrogation unterliegt der Beschlagnahme von Seite anderer Gläubiger im Weg der Execution [13], und kann nach ausgebrochenem Concurs nicht mehr ausgeübt werden [14].

3. Die Rangabtretung des Hypothekengläubigers wird von manchen als eine die Abänderung des Rangverhältnisses bewirkende Festsetzung aufgefaßt, was jedoch nach der in der Praxis recipirten Meinung nicht richtig ist [15].

II. Wirkung der Priorität. Die aus der Eintragung sich ergebende Rangordnung der Hypothekenforderungen ist entscheidend für die Befriedigung derselben im Concurs und für die Geltendmachung des damit verbundenen Rechts der Exekution. Im Concurs haben die eingetragenen und vorgemerkten [16] Forderungen den Vorzug in der II. Classe an dem Hypothekenobjekt und den von eröffnetem Concurs an fälligen Früchten und Renten desselben [17]. Der Vorzug vor den

---

[8] Gönner, Comment. I. 580.

[9] Erk. 29/10 53 Bl. XXIII. 327.

[10] Erk. 25/5 55 Bl. XX. 253; 11/1 67 Bl. XXXII. 218 mit besonderer Beziehung auf Annuitätenkapitalien; vgl. Graf, Comment. III. 113.

[11] Es ist dazu Vernehmung des Inhabers der nicht gelöschten Hypothek erforderlich Erk. 23/3 30 Bl. XIV. 271.

[12] Graf, Comment. III. 112.

[13] Erk. 16/3 61 Bl. XXVIII. 327.

[14] Erk. 11/1 67 Bl. XXXII. 218.

[15] Vgl. oben § 192, 11.

[16] Der nachträgliche Nachweis des Rechtstitels ersetzt die Eintragung Erk. 31/10 55 Bl. XXIV. 271; 29/3 53 Bl. XXVII. 10; 28/12 48 Bl. XXVII. 13; 26/11 42 Bl. XXVIII. 14.

[17] H.G. § 68: Im Falle eines allgemeinen Concurses haben die Hypothekgläubiger den Vorzug in der zweiten Klasse nach den näheren Bestimmungen der Prioritätsordnung. Von Hypothekforderungen, welche als verzinsliche im Hypothekenbuche bemerkt sind, laufen die Zinsen auch während des Concurses und mit demselben Range fort, welcher dem Capitale zukommt. Prior.O. § 15: In die zweite Classe kommen die Gläubiger, welchen für ihre Forderung eine Hypothek auf eine im Vermögen des Gemeinschuldners vorhandene Sache zusteht. Der Vorzug der Hypothekgläubiger erstreckt sich mit der Sache, worauf die Hypothek haftet, auch auf die Früchte und Renten derselben, welche von Zeit des

Gläubigern der andern Classen beschränkt sich auf den Werth des Hypothekenobjektes und seiner Früchte. Soweit dieses bei Eröffnung des Concurses sich nicht mehr in dem Vermögen des Gemeinschuldners befindet, oder soweit der Erlös nicht zur Befriedigung sämmtlicher Hypothekenforderungen hinreicht, haben die betheiligten Gläubiger nicht das Vorrecht der II. Classe sondern den Platz in einer der folgenden Classen anzusprechen, welcher der Forderung nach ihrer ursprünglichen Eigenschaft zukommt [18]. Die Befriedigung der einzelnen Hypothekgläubiger aus dem Erlös erfolgt lediglich nach der aus dem Hypothekenbuch sich ergebenden Rangordnung [19].

III. Die aus dem Hypothekenbuch sich ergebende Rangordnung entscheidet nach älterem Verfahren ebenso über die Geltendmachung der dem einzelnen Hypothekgläubiger zustehenden Rechte hinsichtlich der Exekution, wenn eine Concurrenz mehrerer Hypothekgläubiger eintritt. Es ist dieß der Fall.

1. Bezüglich des Antrags auf Immission. Nach älterem Verfahren muß, wenn mehrere Hypothekgläubiger zugleich die Immission nachsuchen, der jüngere dem älteren nachstehen; Hypotheken von gleichem Rang haben das Recht gleichzeitiger Immission. Ebenso muß der bereits immittirte Hypothekgläubiger dem älteren weichen, und dem Hypothekgläubiger von gleichem Rang die gleichzeitige Immission gestatten [20]. Gleiches Vorzugsrecht hatten die Hypothekgläubiger gegenüber den Currentgläubigern bezüglich der hypothecirten Sache anzusprechen. Nach neuerem Prozeßrecht setzt die Immission ein besonderes Verfahren voraus, wobei Hypothekgläubiger, welche eine fällige Forderung

---

eröffneten Concurses an fällig werden, soferne sich hieran, über Abzug der davon zu entrichtenden Abgaben und Reallasten, dann auf deren Benützung, Erhaltung und Verwaltung zu bestreitender Kosten, ein Ueberschuß ergiebt.

[18] Prior.O. § 20: Gläubiger, deren Forderungen aus dem Verkaufspreise der hypothecirten Sache nicht bezahlt werden können, haben auf den Vorzug der zweiten Classe keinen Anspruch; denselben ist für dasjenige, was sie in dieser Classe nicht erhalten, in einer der folgenden Classen jener Platz anzuweisen, welcher der Forderung, abgesehen von der Hypothek, nach ihrer ursprünglichen Eigenschaft zukommt. Eben dieses tritt ein, wenn die für eine Forderung hypothecirte Sache bei Eröffnung des Concurses sich nicht in dem Vermögen des Gemeinschuldners befunden hat.

[19] H.G. § 59. Prior.O. § 16. Proz.O. Art. 1024 Nr. 3 und Art. 1092 Nr. 3.

[20] H.G. § 61. G.O. XVIII. 6. Nr. 6. Lehner, H.R. § 94 und 95.

haben, solange das Verfahren oder die erkannte Einweisung fortbesteht, ohne vorgängige Zustellung eines Befriedigungsgebotes sich anschließen können [21], und sodann nach der dafür bestimmten Rangordnung befriedigt werden [22].

2. Bei dem Zwangsverkauf des Hypothekenobjekts. Nach früherem Verfahren hatten bei nicht concursmäßiger Subhastation [23] eines Hypothekenobjekts, welches unter dem Schätzungswerth adjudicirt wird, unter mehreren Hypothekgläubigern, welche dadurch berührt werden, diejenigen das Einlösungsrecht, welche dasselbe innerhalb der gesetzlichen Frist von 8 Tagen angemeldet und die Mittel zur Befriedigung der ihnen vorgehenden bei der Einlösung in Betracht kommenden Hypothekgläubiger nachgewiesen haben [24]. Unter diesen Voraussetzungen hat der neuere Hypothekgläubiger den Vorzug vor dem älteren. Diesem wird dann das Objekt um seine Forderung zugeschlagen, mit der Verpflichtung, die Forderungen der vorgehenden bei dem Einlösungsrecht concurrirenden Hypothekgläubiger vollständig zurückzubezahlen [25]. Ebenso steht nach früherem Verfahren den Hypothekgläubigern das Ablösungsrecht (jus delendi) zu. Dieses ist in dem Hypothekengesetz nicht besonders erwähnt, war aber in den älteren Prozeßgesetzen begründet [26], und auf die Subhastation von Hypothekenobjekten dann anwendbar, wenn bei der zweiten Versteigerung gar kein Angebot erfolgt und unter

---

[21] Proz.O. Art. 1020.

[22] Proz.O. Art. 1024. Für die vor der Einweisung beziehungsweise Anschließung verfallenen Zinsen werden die Hypothekgläubiger nur insoweit befriedigt, als diese den Vorzug des Capitals genießen, also für zweijährige Rückstände.

[23] Im allgemeinen Concurs stand nach H.G. § 69 das Einlösungsrecht früher jedem Gläubiger zu. Vgl. oben § 193, 52.

[24] H.G. § 64; Erk. 13/11 47 Bl. XIII. 75; 25/11 48 Bl. XIV. 363; 5/5 53 Bl. XIX. 31. Gegen die in dem Erkenntniß 25/11 48 Bl. XIV. 363 ausgesprochene Ansicht, daß der vorgehende Hypothekgläubiger, der das Einlösungsrecht nicht angemeldet hat, auch dann von der Ausübung ausgeschlossen sei, wenn er selbst der Höchstbietende war, erklärt sich ein Aufsatz Bl. XV. 67, wogegen jedoch Seuffert ebenda 69 mit Recht bemerkt, daß der meistbietende Hypothekgläubiger in diesem Fall das Einlösungsrecht eventuell anzumelden habe. Ueber den in dem Gesetz vorausgesetzten Nachweis der Zahlungsfähigkeit vgl. Hartter Bl. XIX. 369 f.

[25] Vgl. über das in der neuen Prozeßordnung beseitigte Einlösungsrecht oben § 193, 51 f.

[26] G.O. XVIII. 7 Nr. 7 und XIX. 17 Nr. 2. Nov. 1819 § 37. Nov. 1837 § 101. Vgl. Seuffert, Comment. IV. 413.

den Gläubigern keine Uebereinkunft hinsichtlich anderweitiger Befriedigung getroffen war. Hiernach wurde das Objekt den sämmtlichen Hypothekgläubigern in umgekehrter Reihenfolge ihrer Rangordnung angeboten und demjenigen zugeschlagen der es gegen Hinausbezahlung der ihm vorgehenden Gläubiger übernehmen wollte [27]. Die dem ablösenden Hypothekgläubiger nachfolgenden Hypotheken wurden gelöscht.

§ 195.

2. Stellung des Eigenthümers.

Die Stellung des Eigenthümers kommt in Betracht theils bezüglich der Disposition über das Hypothekenobjekt, theils hinsichtlich seiner Haftung für die Hypothekschuld.

I. Dispositionsbefugniß des Eigenthümers. Der Eigenthümer ist durch den Bestand eingetragener Hypotheken in der Verfügung über die Sache nur insoferne beschränkt, als er alle den eingetragenen Hypotheken nachtheiligen Dispositionen vermeiden muß [1]. Er behält also

1. Namentlich die Befugniß, das Objekt zu veräußern, und es bedarf zur Gültigkeit der Veräußerung nicht der Zustimmung oder Benachrichtigung der Hypothekgläubiger [2]. Dagegen ist er nicht befugt ohne Einwilligung sämmtlicher Hypothekgläubiger das Objekt zu theilen, oder einzelne Bestandtheile desselben davon zu trennen [3]. Ausnahmen sind begründet:

a. Bei Berichtigung streitiger Grenzen und Gemeinheitstheilungen. Wenn die Hypothekengläubiger die Einwilligung zu der erforderlichen Umtauschung der Grundstücke bei Gemeinheitstheilungen verweigern, so kann auf Anrufen des Eigenthümers der Consens durch das com-

---

[27] Lehner, H.R. § 123—125. Erk. 13/11 47 Bl. XIII. 75; 11/10 51 Bl. XVII. 37.

[1] H.G. § 45: Der Schuldner behält das Recht, über die Sache in soweit zu verfügen, als es nicht zum Nachtheil der eingetragenen Hypotheken gereicht. Er kann daher die Sache zwar veräußern, aber nicht ohne Consens der Hypothekgläubiger mit einer den Werth derselben mindernden Last belegen.

[2] Gönner, Comment. I. 392.

[3] H.G. § 40: Von einem Gutscomplex soll ohne Einwilligung der darauf eingetragenen Gläubiger kein einzelnes Grundstück oder Realrecht getrennt werden. Ist es aber dennoch geschehen, so kann sich jeder Hypothekgläubiger an das getrennte Grundstück oder Realrecht halten.

petente Gericht ergänzt werden, wenn sich ergiebt, daß der beabsichtigte Tausch die Sicherheit der Gläubiger nicht gefährdet [4]. Der gleiche Grundsatz gilt für die Ablösung fruchtbringender Realrechte [5]. Zur Vertauschung von Theilen angränzender Grundstücke zum Behuf der nach richterlicher Verfügung oder Beschluß der Betheiligten vorzunehmenden Grenzregulirung [6] sowie zur Ausführung des von der zuständigen Behörde genehmigten Arrondirungsplanes [7] ist Einwilligung der Hypothekgläubiger nicht erforderlich, vielmehr gehen mit der Ausführung der Grenzregulirung und Arrondirung die Rechte der Hypothekgläubiger auf die ausgetauschten Grundstücke und die zur Vergütung des Mehrwerths geleistete Zahlung über.

b. Zur Ablösung von grundherrlichen Abgaben Forst- und Weiderechten ist die Einwilligung der Hypothekgläubiger nicht erforderlich, vielmehr erlöschen die Hypothekforderungen mit der Ablösung und gehen auf das Surrogat über [8].

c. Bei Expropriation erlöschen mit Zahlung oder gerichtlicher Deposition der Entschädigungssumme die eingetragenen Hypotheken an den expropriirten Sachen, und gehen auf die Entschädigungssumme

---

[4] H.G. § 37: Ein Tausch von Grundstücken, bei welchem es sich bloß um Berichtigung streitiger Grenzen oder einer Gemeinheitstheilung handelt, kann mit der Wirkung, daß die auf dem ausgetauschten Grundstücke bestehenden Hypotheken auf das eingetauschte übergehen, nur unter vorläufiger Rücksprache mit den betheiligten Gläubigern zu Stande gebracht werden; haben die Gläubiger hiezu eingewilliget, so muß der Tausch dem Hypothekenamte angezeigt, und von demselben unverzüglich in das Hypothekenbuch eingetragen werden. Bei verweigerter Einwilligung der Gläubiger hat das Gericht zu entscheiden, ob die Sicherheit derselben durch den Tausch gefährdet werde oder nicht; im letzten Falle ist es berechtigt, die Einwilligung der Gläubiger zu suppliren. Ist dieser Consens supplirt, so erfolgt die Anzeige an das Hypothekenamt, welches die Eintragung ohne Verzug zu vollziehen hat.

[5] H.G. § 38.

[6] Vermarkungsgesetz 16/5 68 Art. 5. Es werden darauf die Bestimmungen des Arrondirungsgesetzes angewendet, und es ist daher die Vorschrift des H.G. § 37 nicht mehr anwendbar. Vgl. oben § 118, 29, Graf, Comment. III. 76.

[7] Arrond. Ges. 10/11 61 Art. 6 und 32. Erk. 27/2 69 Bl. XXXIV. 250. Die Hypothekgläubiger haben ein Widerspruchsrecht nur, wenn durch die Arrondirung eine Werthverminderung des Hypothekenobjekts bewirkt werden würde, worüber die Administrativbehörde zu entscheiden hat; vgl. oben § 122, 18.

[8] Ablösungsgesetz 4/6 48 Art. 34; Forstgesetz 28/3 52 Art. 30; Weidegesetz 28/5 52 Art. 28. Graf, Comment. III. 74.

über [9], was auch auf theilweise Expropriation eines Hypothekenobjekts, soweit diese zuläßig ist, Anwendung findet.

2. Der Eigenthümer darf Aenderungen in der Substanz der Sache vornehmen [10], doch muß er jede Verfügung unterlassen, durch welche der Werth der Sache dauernd vermindert wird, da außerdem den Hypothekgläubigern die Befugniß zusteht ein gerichtliches Inhibitorium zu erwirken, oder Befriedigung vor der Verfallzeit zu verlangen [11].

3. Er kann die Sache mit dauernden Lasten belegen, insoweit dadurch die aus der Eintragung erworbenen Rechte der Hypothekgläubiger nicht berührt werden; er kann daher einseitig Prädialservituten auflegen [12], und soweit nicht eine für diese wirkende Dispositionsbeschränkung entgegensteht, das Objekt ohne Einwilligung der eingetragenen Hypothekgläubiger mit weiteren Hypotheken belasten [13]. Dagegen ist zur Errichtung von Reallasten und Personalservituten, soweit diese in die beiden ersten Rubriken des Hypothekenbuchs eingetragen werden sollen, die Einwilligung der schon eingetragenen Hypothekgläubiger erforderlich [14].

4. Der Eigenthümer hat das Recht über die Früchte der Sache zu verfügen, soweit dadurch das Recht der Hypothekgläubiger nicht beeinträchtigt wird [15].

---

[9] Expr.Ges. Art. 11, vgl. oben § 141, 78, Graf, Comment. III. 75. Das gleiche findet Anwendung bei Erwerbung des Grundeigenthums durch den Bergwerkbesitzer, Berggesetz Art. 135.

[10] H.G. § 77: Die Umwandlung eines Grundstücks oder die Veränderung der Form und Gestalt einer unbeweglichen Sache bringt an den darauf haftenden Hypotheken keine Veränderung hervor.

[11] H.G. § 45. Vgl. oben § 191, 16.

[12] Gönner, Comment. I. 393; Bl. XXXII. 131. Diese werden überhaupt nicht in das Hypothekenbuch eingetragen. Vgl. oben § 183, 21.

[13] H.G. § 44: Die Eintragung einer Hypothek entzieht dem Schuldner die Befugniß nicht, einem andern Gläubiger eine Hypothek auf dieselbe Sache einzuräumen. Selbst ein Vertrag, daß auf die Sache keine Hypothek mehr eingeräumt werden soll, hat auf die gesetzlichen Rechtstitel zur Erwerbung einer Hypothek keine Wirkung; hinsichtlich der auf Privatwillen beruhenden Hypotheken ist er nur dann wirksam, wenn er im Hypothekenbuche am geeigneten Orte eingetragen ist.

[14] H.G. § 45.

[15] Vorausbezahlungen sind diesen gegenüber nur für das laufende Ziel gültig. Vgl. oben § 191, 6.

II. Haftung des Eigenthümers. Diese gestaltet sich verschieden, je nachdem dem Eigenthümer mit der dinglichen zugleich die persönliche Haftung obliegt oder nicht.

1. Persönliche Haftung. Ist der Eigenthümer der Sache zugleich der ursprüngliche Schuldner oder sein Universalsuccessor, so haftet er mit seinem ganzen Vermögen, und es steht dem Gläubiger frei die persönliche oder dingliche Klage allein oder beide in Verbindung mit einander zu stellen [16]. Gleiche Haftung trifft den Besitzer dann, wenn er die Haftung für die betreffende Forderung besonders übernommen hat [17], und der Gläubiger hat ihm gegenüber die Wahl der Klagen wie gegenüber dem ursprünglichen Schuldner. Daneben besteht die Haftung des ursprünglichen Schuldners fort, wenn dieser nicht ausdrücklich von dem Gläubiger seiner Haftung entlassen ist [18], und es gilt dieß ebenso von dem dritten Besitzer, der die persönliche Haftung übernommen hat, wenn er das Objekt wieder veräußert [19]. Der Schuldner kann der Klage des ursprünglichen Gläubigers alle Einreden entgegensetzen, welche das Civilrecht gegen die betreffende Forderung gewährt [20]. Eine Ausnahme ist nur begründet hinsichtlich der Ein-

---

[16] H.G. § 49: Der Gläubiger erlangt durch die Hypothek das dingliche Recht die Befriedigung seiner Forderungen aus der dafür bestimmten Sache zu verlangen. Er kann unbeschadet seines Hypothekrechts den Schuldner aus dem Rechtsgeschäfte, wofür die Hypothek erworben wurde, persönlich belangen; es steht ihm aber auch frei, entweder die persönliche Klage mit der aus der Hypothek entspringenden dinglichen Klage zu verbinden, oder gleich die dingliche Klage allein anzustellen.

[17] H.G. § 56: Die Haftung des dritten redlichen Besitzers für sämmtliche eingetragene Hypotheken und vorgemerkte Forderungen erstreckt sich nicht weiter, als das Gut zu ihrer Befriedigung hinreicht. Er kann sich daher von allen Ansprüchen dieser Gläubiger befreien, wenn er ihnen das Gut abtritt, es wäre denn, daß er diese Schulden besonders übernommen hätte, in welchem Fall er für die übernommenen Forderungen als Schuldner auch mit seinem übrigen Vermögen haften muß, und von den Gläubigern mit einer persönlichen Klage belangt werden kann.

[18] Erk. 30/10 51 Bl. XVIII. 32. Seuffert, Uebernahme fremder Hypothekschulden Bl. XXVI. 417.

[19] Erk. 11/10 62 Bl. XXVIII. 336; 11/11 67 Bl. XXXIII. 105. Dieses Regreßrecht stand auch dem nach früherem Verfahren einlösenden Hypothekgläubiger zu bezüglich des durch das Meistgebot nicht gedeckten Theils seiner Forderung. Erk. 30/10 51 Bl. XVIII. 72 und 26/11 56 Bl. XXII. 157.

[20] H.G. § 46. „Durch die ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung

rede der Verjährung, welche gegen Einträge im Hypothekenbuch überhaupt erst zu laufen beginnt, wenn dieselben gelöscht sind, oder wenn der Berechtigte eine Protestation hat eintragen lassen [21], und der Einrede des nicht gezahlten Geldes, welche auch gegenüber dem ursprünglichen Gläubiger das Schuldbekenntniß eines empfangenen neuen Darlehens [22] in dem Hypothekenprotokoll Hypothekenbrief oder Hypothekenbuchseintrag nur dann entkräftet, wenn sie innerhalb dreißig Tagen vom Tage der Eintragung an vorgebracht oder innerhalb dieses Termins durch Protestation im Hypothekenbuch sichergestellt ist [23]. Dagegen können demjenigen, der eine Hypothek durch lästigen Titel und in gutem Glauben erworben hat, nur solche Einreden gegen die Forderung entgegengesetzt werden, welche sich aus der Eintragung selbst ergeben, oder die zur Zeit der Erwerbung der fraglichen Forderung von Seite des Klägers durch Protestation im Hypothekenbuch sicher gestellt waren [24].

2. Dingliche Haftung. Der dritte Besitzer, der in gutem Glauben das Hypothekenobjekt erworben hat, ohne die Haftung für die Hypothekforderungen besonders zu übernehmen, ist gleichwohl verbunden die darauf eingetragenen Hypothekforderungen zu bezahlen, jedoch nur mit der Sache [25]. Der Gläubiger kann daher gegen ihn nur die dingliche Klage stellen. Dem Beklagten stehen nur diejenigen Einreden zu, welche aus der Eintragung selbst sich ergeben, oder durch Protestation im Hypothekenbuch sicher gestellt sind. Die Einrede der Vorausklage des Schuldners insbesondere ist ihm nur gegeben, wenn die Hypothek

---

in die Eintragung einer Hypothek verliert der Schuldner im Verhältniß zu dem ursprünglichen Gläubiger die Einreden nicht, welche ihm gegen die Richtigkeit der Forderung zustehen." Dem ursprünglichen Gläubiger steht derjenige gleich der die Forderung durch lukrativen Titel erworben hat Gönner, Comment. I. 402, und der bösgläubige Erwerber H.G. § 26, 4.

[21] H.G. § 32. Vgl. oben § 185, 27.

[22] Hierauf ist nach der Absicht des Gesetzes die Ausnahme zu beschränken s. Zink, Comment. S. 302.

[23] Ges. 26/3 59 Art. 2 mit Comment. von Zink in Dollmann, G.G. I. 3. 300. Erk. 19/4 69 Bl. XXXIV. 297.

[24] H.G. § 26, 4.

[25] H.G. § 54: Das Gut, worauf eine Hypothek eingetragen ist, haftet dem Gläubiger für seine Befriedigung auch alsdann, wenn es sich in den Händen eines andern Besitzers befindet, und dieser ist selbst im Falle des redlichen Besitzes verbunden, die Hypothekforderung, soweit sie dem § 42 gemäß auf der Sache haftet, zu bezahlen, oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten, damit er aus den Früchten oder der Substanz der Sache befriedigt werde.

wegen einer für einen anderen geleisteten Bürgschaft erworben wurde, und der Bürge nach den gegebenen Verhältnissen nicht als Selbstschuldner haftet [26]. Der dritte Besitzer kann sich von jeder weiteren Haftung durch Abtretung des Hypothekenobjekts an die Gläubiger befreien, die dann aus demselben ihre Befriedigung zu suchen haben [27]. Diese Abtretung erscheint als eine datio in solutum, und der Besitzer hat daher den Gläubigern gegenüber keinen Anspruch auf Ersatz der Meliorationen [28]. Bestritten ist, ob er den eingetragenen Gläubigern für den Mindererlös hafte, wenn er statt von dem Recht der Abtretung Gebrauch zu machen die Sache zum Zwangsverkauf kommen läßt [29]. Für die bejahende Meinung ist anzuführen, daß das Gesetz nur Zahlung oder Abtretung alternativ vorschreibt [30], und durch Regelung des Regresses gegen den ursprünglichen Schuldner für den Fall, daß der dritte Besitzer durch die dingliche Hypothekklage aus dem Besitz des Gutes gekommen ist, die Verpflichtung des dritten Besitzers zur Ergänzung der durch den Mindererlös beeinträchtigten Hypothekkapitalien indirekt anerkennt [31].

Der dritte Besitzer, welcher eine nicht übernommene Hypothekschuld bezahlt hat, oder in Folge der für dieselbe gestellten dinglichen Klage aus dem Besitz gekommen ist, hat den Regreß gegen jeden Vorbesitzer und den ursprünglichen Schuldner auf Ersatz seiner Zahlung an Kapital Zinsen und Kosten, und er tritt zu diesem Behuf von selbst in die Rechte des befriedigten Hypothekgläubigers ein. Dieß erfolgt bei

---

[26] H.G. § 57: Der Besitzer der Sache kann der dinglichen Klage die Einrede, daß der Schuldner vorher ausgeklagt werden soll, nur in dem Falle entgegensetzen, wenn die Hypothek wegen einer für einen Andern geleisteten Bürgschaft, besonders in den § 12 Nummer 2 und 5 bemerkten Fällen einer Verbürgung, erworben wurde, soferne er nicht nach den geltenden Civilgesetzen als Selbstschuldner anzusehen ist.

[27] H.G. § 56: Die Haftung des dritten redlichen Besitzers für sämmtliche eingetragene Hypotheken und vorgemerkte Forderungen erstreckt sich nicht weiter, als das Gut zu ihrer Befriedigung hinreicht. Er kann sich daher von allen Ansprüchen dieser Gläubiger befreien, wenn er ihnen das Gut abtritt....

[28] Gegen Gönner, Comment. I. 449 der diesen Anspruch für begründet hält s. Lehner, H.R. § 148, Bl. XXXII. 163, Graf, Comment. III. 89.

[29] Verneint von Lehner, H.R. § 147 und Graf, Comment. III. 89, bejaht von Gönner, Comment. I. 450 und Bl. XXXII. 161.

[30] H.G. § 54: Dieser ist... verbunden die Hypothekforderung zu bezahlen, oder dem Gläubiger das hypothecirte Gut abzutreten.

[31] Vgl. unten Note 32.

freiwilliger Abfindung mit der Zahlung, bei Besitzentziehung in Folge der dinglichen Klage mit der Execution [32]. Dagegen steht ihm ein Regreßrecht gegen seine Vorgänger nicht zu, wenn er von dem Recht der Abtretung Gebrauch macht [33].

3. Haftung bei Verbandhypotheken. Eine Hypothekforderung kann in der Art auf mehreren selbstständigen Hypothekenobjekten eingetragen werden, daß für die ungetheilte Summe auf jedem einzelnen derselben Hypothek bestellt wird, und der Besitzer jedes Objekts für die ganze Forderung haftet [34]. Der Gläubiger kann daher gegen jeden Besitzer die Klage auf das Ganze stellen, und dieser kann weder die Einrede der Theilung noch der Vorausklage vorschützen [35]. Hat der dritte nicht persönlich haftende Besitzer eines mit einer Verbandhypothek belasteten Objektes den Gläubiger befriedigt, so kann er von den nicht persönlich haftenden Besitzern der übrigen für die Verbandhypothek verpfändeten Hypothekenobjekte einen verhältnißmäßigen Ersatz fordern [36]. Bei Berechnung der Antheile an der Haftung werden die Schätzungswerthe sämmtlicher Immobilien unter Abzug aller der Verbandhypothek vorgehenden Vorhypotheken zusammengerechnet, und das Verhältniß der Theilnahme des einzelnen Immobiles an dem zu leistenden Ersatz nach dem Verhältniß seines reinen Schätzungswerthes zu dem reinen

---

[32] H.G. § 58. „Dem dritten Besitzer, welcher entweder eine Hypothekschuld bezahlt hat, oder durch die dingliche Hypothekklage aus dem Besitze des Gutes gekommen ist, bleibt der Rückanspruch gegen denjenigen vorbehalten, der zu dem Ersatze des Schadens nach den Civilgesetzen verbunden ist, und er tritt von selbst in alle Rechte des befriedigten Hypothekgläubigers ein. Zur Erhaltung des Regresses an den vorigen Besitzer bedarf es nur dann einer Rücksprache mit demselben vor erfolgter freiwilliger Zahlung einer Hypothekschuld, oder der Streitverkündung im Falle eines darüber entstehenden Rechtsstreites, wenn wegen der nämlichen Forderung eine Protestation in dem Hypothekenbuche aufgenommen war.

[33] Lehner, H.R. § 152. Dieser giebt dem abtretenden Eigenthümer einen Regreßanspruch nur für den Kaufpreis und die Meliorationen, was mir indessen in Ermanglung einer gesetzlichen Bestimmung nicht begründet erscheint.

[34] H.G. § 147, 7. Vgl. oben § 186, 7. Das Gesetz hat zunächst den Fall hervorgehoben, daß ein Schuldner auf mehreren selbstständigen Hypothekobjekten Hypothek bestellt; diesem steht jedoch die Bestellung durch mehrere Correalschuldner gleich Dürrschmid, Verbandhypotheken 33, Förster, P. P.R. § 194, 104.

[35] Gönner, Comment. I. 469.

[36] Gönner, Comment. I. 470. Lehner, H.R. § 153. Ist unter den Besitzern der verschiedenen Hypothekobjekte ein persönlich haftender, so ist dieser für den Betrag der ganzen Forderung regreßpflichtig.

Schätzungswerth aller betheiligten Hypothekenobjekte bestimmt [37]. Für den Fall des Concurses hatte das ältere Recht ein Zusammenwerfen der Kaufpreise sämmtlicher Immobilien und Befriedigung aller Hypotheken nach der Zeit der Eintragung, also die Bildung einer gemeinsamen Masse aus dem Kaufpreis sämmtlicher Hypothekenobjekte vorgeschrieben [38]. Dieß ist durch die neuere Gesetzgebung dahin abgeändert, daß der Betrag der Forderung auf jedes Immobile nach Quoten vertheilt und die Quote aus dem betreffenden Kaufschilling berichtigt die bei einem Immobile nicht berichtigte Quote aber in gleicher Weise unter die übrigen Immobilien repartirt wird [39].

V. Erlöschen der Hypothek.

§ 196.

Die allseitige Beendigung der Wirsamkeit der Hypothek vollzieht sich nur mit ihrer Löschung. Der Erlöschungsgrund einer Hypothek wirkt zwar für die direkt betheiligten Personen in ihren Beziehungen unter sich sofort mit seiner Perfektion ein Aufhören der Hypothek [1], allein kraft des Publicitätsprincips tritt diese Folge für Dritte erst mit der Löschung im Hypothekenbuch ein, so daß gutgläubigen Dritten Rechte an Hypotheken erworben werden, welche nicht gelöscht sind, wenn auch die Erwerbung erst eintrat nachdem der Erlöschungsgrund bereits perfekt war. Die Gründe zur Löschung einer Hypotheseintragung sind folgende:

---

[37] Gönner, Comment. I. 473.

[38] Prior.O. § 19. Die Literatur über die daran sich knüpfende Streitfrage s. bei Zink, Comment. S. 166 f.

[39] Ges. 1/7 56 mit Commentar von Zink in Dollmann GS. I. 3. 153.

[1] H.G. § 83: „Die Erlöschung einer Hypothek ist in Ansehung derjenigen, in deren Handlung sie sich gründet, so bald wirksam, als der Erlöschungsgrund vorhanden ist.“ Ueber die auf Löschung einer Hypothek gerichtete Klage vgl. oben § 150, 7, dann Lehner, H.A.O. § 203, Bl. XXIV. 4 und 17, und XXV. 193, 209, 225, 241. Ueber die Natur der Löschungsklage sind die Meinungen getheilt. Die eine Meinung hält nur die dingliche Klage für anwendbar Erk. 29/1 53 Bl. * XVIII. 13; die andere läßt dem Gläubiger die Wahl zwischen der dinglichen und persönlichen Klage Bl. XXIV. 4 f. und 17 f., während eine dritte Meinung nach dem Grund der Löschungsklage unterscheidend nach Verschiedenheit der Fälle theils die persönliche theils die dingliche Klage für gegeben hält Bl. XXV. 193 f.

I. Ungültigkeit der Hypothekbestellung. Jede Hypothekbestellung setzt voraus, daß die Begründung mit Vernehmung des zur Hypothekbestellung berechtigten Besitzers der Sache erfolgt sei; sie ist daher ungültig:

1. Wenn der Schuldner, gegen welchen die Eintragung der Hypothek erlangt worden ist, zur Zeit der Eintragung gar nicht als Besitzer des Hypothekenobjektes vorgetragen war. Es ist dabei gleichgültig, ob der Schuldner noch nicht oder nicht mehr als Eigenthümer eingetragen war [2]. Hatte der als Eigenthümer vorgetragene Schuldner das Objekt zur Zeit der Hypothekerrichtung bereits veräußert, so kann gegenüber dem Gläubiger, der Kenntniß davon hatte, nicht aber gegenüber dem in gutem Glauben handelnden Gläubiger die Löschung beantragt werden [3].

2. Wenn der eingetragene Besitzer nicht vernommen ist. Jede Eintragung einer Hypothek setzt in der Regel voraus, daß dem Schuldner rechtliches Gehör darüber verstattet werde [4]. Ist nun wo sie erforderlich war [5] die Ladung des Schuldners unterblieben, so steht dem Eigenthümer das Recht zu Löschung zu verlangen. Ebenso steht, wenn mehrere Besitzer als Miteigenthümer eingetragen sind, und die Eintragung nicht von der Gesammtheit derselben ausgieng, jedem das Recht zu, die Löschung zu beantragen [6].

3. Wenn bei der Eintragung auf die in dem Hypothekenbuch vorgetragene Dispositionsbeschränkung keine Rücksicht genommen wurde. Derjenige auf dessen Veranlassung oder zu dessen Gunsten eine Dispositionsbeschränkung in die II. Rubrik eingetragen wurde, hat ein Recht zu verlangen, daß das Hypothekenobjekt nicht ohne seine Einwilligung weiter belastet werde, und kann die Löschung der ohne seine Einwilligung vollzogenen Einträge erwirken [7]. Es gilt dieß namentlich für das gerichtliche Veräußerungsverbot [8], für die Dispositionsbeschrän-

---

[2] H.G. § 26, 1—3. Vgl. oben § 185, 15 und § 188, 2 f.

[3] Lehner, H.A.O. § 106, 1.

[4] Vgl. oben § 190, 41.

[5] Die Fälle wo sie nicht erforderlich ist s. oben § 190, 42 und 43.

[6] Vgl. oben § 188, 42.

[7] H.G. § 4: Auf die Sache eines Dritten kann nur mit dessen Bewilligung, und auf einer Sache, worüber der Besitzer zu verfügen nicht befugt ist, nur mit Einwilligung der Betheiligten eine Hypothek erlangt werden.

[8] Vgl. oben § 188, 21 f.

kung auf Grund des Eigenthumsvorbehalts [9], des stipulirten Eigenthumsrückfalls [10], des Rückkaufsrechts [11], der Bestellung einer Personalservitut [12] und des vertragsmäßigen Hypothecirungsverbotes [13].

4. Wegen mangelnder subjektiver Dispositionsfähigkeit. Ist der eingetragene Besitzer der Sache nicht für sich allein handlungsfähig, so können seine gesetzlichen Vertreter auf Löschung der ohne ihre Vernehmung eingetragenen auf Privatwillen beruhenden Hypotheken antragen [14].

II. Veränderungen in dem Hypothekenobjekt. Diese erfolgt:

1. Durch gänzlichen Untergang der Sache. Mit diesem erlischt die eingetragene Hypothek, da sie kein Objekt mehr hat; mit Wiederherstellung der Sache, insoferne diese möglich ist, lebt sie indessen wieder auf [15]. Theilweiser Untergang ändert nichts an den Hypothekverhältnissen, da die Hypothek auf dem übrig gebliebenen Theil unverändert fortdauert [16]. Brennt ein Gebäude ab, so sind die Hypothekgläubiger nicht berechtigt, sich an das aus der Brandversicherung geleistete Entschädigungskapital zu halten, die Hypothek ergreift jedoch den aufgeführten Neubau [17].

2. Durch Abtrennung einzelner Theile. Einseitige Abtrennung von Immobilienbestandtheilen ist ohne Einfluß auf die eingetragenen Hypotheken, da diese auf den abgetrennten Bestandtheilen fortbestehen. Dagegen erlischt die Hypothek wenn die Abtrennung mit Einwilligung

---

[9] Vgl. oben § 188, 29 f.

[10] Vgl. oben § 188, 36 f.

[11] Vgl. oben § 188, 43.

[12] Vgl. oben § 188, 44.

[13] Vgl. oben § 188, 65 f.

[14] H.G. § 14: Hiezu wird von Seite desjenigen, welcher die Hypothek bewilliget, das Recht und die Fähigkeit erfordert, über die Sache zu verfügen, womit er durch Hypothek Sicherheit stellen will.

[15] H.G. § 76: Durch den Untergang der Sache erlischt die darauf erworbene Hypothek, sie lebt jedoch mit Wiederherstellung derselben kraft des Gesetzes wieder auf.

[16] Gönner, Comment. I. 562.

[17] H.G. § 76. Vgl. oben § 191, 23 f. Erk. 8/8 28 Du Prel IV. 371 ist dieß bezüglich eines von einem Nichteigenthümer auf der Brandstätte aufgeführten Neubaues in Abrede gestellt.

der Hypothekgläubiger erfolgt [18], und bei beweglichen Zugehörungen von Hypothekobjekten mit Veräußerung derselben an einen Dritten [19].

3. Durch Expropriation. Bei gänzlicher oder theilweiser Expropriation eines Hypothekenobjekts erlöschen die eingetragenen Hypotheken an den expropriirten Gegenständen und gehen auf die Entschädigungssumme über [20].

III. Veränderung in der eingetragenen Hypothek. Diese kann eintreten:

1. Durch Entsagung des Gläubigers. Der Gläubiger kann unbeschadet seiner Forderung auf die für dieselbe eingetragene Hypothek verzichten. Ein solcher Verzicht muß jedoch ausdrücklich erklärt sein, und es ist weder die Einwilligung des Gläubigers in die Veräußerung des Hypothekenobjektes noch die Einwilligung in die Bestellung einer neuen Hypothek auf dieselbe als ein solcher Verzicht anzusehen [21].

2. Durch gerichtlichen Zwangsverkauf. Bei gerichtlichem Zwangsverkauf im Concurs oder Subhastationsverfahren geht das Hypothekenobjekt frei von allen Hypotheken, die nicht ausdrücklich als fortbestehend auf ihn überwiesen werden, auf den Käufer über, und es werden dieselben auf Grund eines Zeugnisses des Prozeßgerichtes gelöscht [22].

3. Nach älterem Verfahren durch Ausübung des Ablösungsrechtes, indem der ablösende Gläubiger das Recht hat, die Löschung aller ihm nachfolgenden Hypotheken zu verlangen [23].

4. Durch Zeitablauf. Ist die Hypothek nur auf bestimmte Zeit eingetragen, so erlischt ihre Wirkung mit dem Ablauf dieses Zeitraums [24].

5. Durch Consolidation. Wenn der Gläubiger das Eigenthum des Hypothekenobjektes erwirbt, erlischt das Pfandrecht, auch wenn das persönliche Forderungsrecht fortbesteht [25].

---

[18] H.G. § 40: Bei Abtrennung einzelner Theile mit Einwilligung der Hypothekgläubiger erlischt die Hypothek an diesen auf Grund der Entsagung.

[19] H.G. § 35: Sind bewegliche Zugehörungen veräußert worden, so hat der Hypothekgläubiger gegen den dritten Besitzer derselben keinen Anspruch.

[20] Vgl. oben § 195, 9 und Berggesetz Art. 135.

[21] H.G. § 79.

[22] H.G. § 81 und § 164. Proz.O. Art. 1078 und 1115.

[23] Vgl. oben § 194, 26 f.

[24] H.G. 72 und 163. Der Fall kommt namentlich vor bei Cautionsleistungen Bürgschaften und Consensen der aus Dispositionsbeschränkungen Berechtigten; vgl. Regelsberger, die Sicherheitshypothek Bl. XXXVI. 129 f.

[25] H.G. § 161.

6. Durch Geltendmachung des Minderungsrechtes von Seite des Schuldners. Sind auf Grund eines gesetzlichen generellen Hypothektitels Hypotheken auf mehreren Objekten des Schuldners eingetragen, so kann dieser verlangen, daß die Eintragung auf einen freien Güterwerth, der den Betrag der Forderung um ein Drittheil übersteigt, beschränkt werde, und die Löschung auf den übrigen Objekten beantragen [26].

IV. Veränderungen im Forderungsrecht. Da die Hypothek nur als ein Accessorium der Forderung erscheint, so ist mit jedem Erlöschungsgrund der Forderung zugleich ein Anspruch auf Löschung der Hypothek gegeben. Dieß tritt ein:

1. Mit der Ungültigkeitserklärung der Forderung. Wenn die Ungültigkeit der Forderung, für welche Hypothek bestellt wurde, zugestanden oder durch richterliches Erkenntniß festgestellt ist, so kann die Löschung der Hypothek beantragt werden, weil durch die Bestellung einer Hypothek an dem Rechtsbestand der Forderung nichts geändert wird [27].

2. Tilgung der Forderung. Jede Tilgung des Anspruchs durch Erfüllung der Verbindlichkeit oder Aufhören derselben gewährt einen Löschungsanspruch [28].

3. Verjährung. Gegen den Inhalt des Hypothekenbuchs findet keine Verjährung statt, soweit sie den darin eingetragenen Hypotheken oder vorgemerkten Forderungen zum Nachtheil gereicht. Daher beginnt der Lauf der Verjährung gegen eine im Hypothekenbuch eingetragene Forderung erst von dem Zeitpunkt an, wo derjenige, der das Recht

---

[26] Vgl. oben § 190, 7 f.

[27] H.G. § 165. „Wird die Löschung einer eingetragenen oder vorgemerkten Hypothek aus dem Grunde verlangt, weil der Besitzer der Sache entweder die Richtigkeit der Schuld oder das Recht des Gläubigers auf eine Hypothek bestreitet, so kann die Löschung im Mangel gütlicher Ausgleichung blos auf Vorlage eines rechtskräftigen richterlichen Urtheils erfolgen." Ueber die Anfechtung einer Hypothekbestellung mit der actio Pauliana vgl. Erk. 15/12 45 Bl. XIV. 25; 24/7 54 Bl. XIX. 296; 13/12 62 Bl. XXVIII. 73; 20/11 66 Bl. XXXII. 78 und bezüglich den Hypotheken aus gesetzlichen Rechtstiteln Erk. 7/1 68 Bl. *XXXI. 352.

[28] H.G. § 80. „Wird der Anspruch, für welchen die Hypothek eingetragen ist, ganz oder zum Theil getilgt, so erlischt auch in gleichem Verhältniß die Hypothek." Nach Erk. 3/5 53 Bl. XVIII. 412 lebt die wegen Confusion gelöschte Hypothek wieder auf, wenn der die Confusion veranlassende Rechtsakt annullirt wird. Ueber Tilgung durch gerichtliche Deposition Erk. 9/8 69 Bl. XXXIV. 360.

die Löschung zu verlangen behauptet, seinen Anspruch durch Protestation im Hypothekenbuch sicher gestellt hat [29].

4. Amortisation. Für Löschung der im Hypothekenbuch eingetragenen oder vorgemerkten Forderungen ist ein eigenes Amortisationsverfahren gegeben. Wenn nämlich der rechtmäßige Inhaber unbekannt ist und durch die angestellten Nachforschungen nicht erkundet werden konnte, so kann, wenn seit der letzten auf diese Forderung sich beziehenden Handlung dreißig Jahre verstrichen sind, auf Antrag des Besitzers des Hypothekenobjekts durch das Gericht der gelegenen Sache [30] nach vorgängiger Ediktalladung die Forderung, für welche sich innerhalb des gesetzten Termines kein Berechtigter meldet, für erloschen erklärt werden [31].

---

[29] H.G. § 32. Gegen den Inhalt des Hypothekenbuches findet insoweit keine Verjährung statt, als dieselbe den eingetragenen Hypotheken oder darin vorgemerkten Forderungen zum Nachtheil gereichte. Daher kann die Verjährung einer im Hypothekenbuche eingetragenen Forderung, so lange sie darin nicht gelöscht oder von dem die Löschung nachzusuchen Berechtigten eine diesfallsige Protestation in dem Hypothekenbuche aufgenommen worden, nicht angefangen werden; dagegen kommen in Ansehung der hievon verfallenen Zinse die gesetzlichen Bestimmungen über Verjährung zur Anwendung.

[30] Erk. 29/1 53 Bl. * XVIII. 13.

[31] H.G. § 82. „Wenn bei einer im Hypothekenbuche eingetragenen oder vorgemerkten Forderung die Nachforschungen nach dem rechtmäßigen Inhaber fruchtlos geblieben, und vom Tage der letzteren auf diese Forderung sich beziehenden Handlung an gerechnet dreißig Jahre verstrichen sind, so kann der Besitzer der hypothecirten Sache verlangen, daß derjenige, welcher auf die Forderung ein Recht zu haben glaubt, zur Anmeldung innerhalb sechs Monaten bei Verlust desselben vor Gericht öffentlich vorgeladen werde. Die Ediktalladung soll dreimal in zweimonatlichen Zwischenräumen in öffentliche Blätter eingerückt werden. Meldet sich innerhalb dieses Termines Niemand zu der Forderung, so wird dieselbe vom Gerichte für erloschen erklärt, auch das Amortisationserkenntniß in öffentlichen Blättern bekannt gemacht, und hierauf die Forderung im Hypothekenbuche gelöscht." Ueber das Verfahren vgl. Bl. XXXIV. 20 f.; Z. A.B. XI. 229 f. und 362 f.; Erk. 10/3 71 Sammlung I. 122.

Titel 2.

Das Faustpfandrecht[1].

§ 197.

Das bayrische Hypothekengengesetz hat den Grundsatz der Publicität nicht einmal für die Verpfändung von Immobilien in vollem

[1] Ich wähle diesen technischen Ausdruck für das Pfandrecht mit Besitzeinräumung (pignus), wie dieß auch jetzt noch dem Sprachgebrauch in den gemeinrechtlichen Darstellungen entspricht vgl. Windscheid § 224, 3, Arndts § 365, Seuffert, Pandekten § 193, 7: und ebenso dem des Bayr. L.R. II. 6. 1 „wenn das verpfändete Gut wirklich ausgeantwortet und übergeben wird, so nennt man es ohne Unterschied beweglich oder unbeweglicher Güter ein Faustpfand." Dieser Sprachgebrauch findet sich noch in dem ersten Entwurf des Hypothekengesetzes 1819, § 10 Verhandlungen der K. d. A. 1819 I. 115: „Selbst dadurch, daß dem Gläubiger der Besitz der Sache oder deren Nutzungsrecht eingeräumt wird erhält derselbe ohne Eintragung in das Hypothekenbuch keine Hypothek, sondern nur die Rechte des Faust- oder Nutzungspfandes", und in den Motiven S. 18: „Will die Gesetzgebung die Aufgabe lösen, die Hypotheken als eine Art des Pfandes nach den wesentlichen Principien des Faustpfands zu ordnen . . . so muß sie bei Hypotheken für das äußere Zeichen das bei dem Faustpfand in Uebertragung des Besitzes an den Gläubiger liegt . . . ein äußeres Zeichen . . . herstellen . . ." und S. 35: „Für das Hypothekenrecht genügt die Bestimmung, daß das Grund- und Nutzungspfand (antichresis) ohne Eintragung in die Hypothekenbücher die Wirkungen der Hypothek nicht habe, sondern nur die Rechte des Faust- oder Nutzungspfands hervorbringe." Dasselbe findet sich noch bei Gönner, Comment. I. 19 und 160, obwohl dieser gewöhnlich nur den Ausdruck „Pfand" als Gegensatz zur Hypothek gebraucht, Comment. I. 75, 81, 109, namentlich aber für das pignus an Immobilien die Bezeichnung „Grundpfand" setzt Comment. I. 156 f. Die neueren Gesetze haben die Bezeichnung „Faustpfand" ausschließlich für das pignus an Mobilien und Rechten angenommen, so Württembergisches Pf.G. Art. 245, Sächsisches B.G.B. Art. 466, Darmstädtisches H.G. Art. 169, und es ist dieser Sprachgebrauch auch in unsere neuere Rechtssprache übergegangen, so namentlich in die Proz.O. 1869, Einf.Ges. Art. 11, indem hier durch Verweisung auf Proz.O. Art. 925 die Beschränkung des Faustpfands auf Fahrnisse vorausgesetzt wird. Dieser Sprachgebrauch, der allerdings der neueren Rechtsentwicklung entspricht, welche eine Verpfändung von Immobilien nur in der Form der Hypothekbestellung gestattet, ist für die bayrische Gesetzgebung von 1822 nicht maaßgebend, es ist vielmehr anzunehmen, daß in den Entwürfen von 1819 und 1822 der Ausdruck „Faustpfand" für pignus überhaupt in dem Sinn gebraucht wurde, den ihm das Bayr. L.R. II. 6. 1 beilegt; in dieser Bedeutung ist er in die Prior.O. 1822 § 21, 1 übergegangen und wird daher für das bayrische Recht auch hier in diesem weiteren Sinn gebraucht.

Umfang durchgeführt, sondern auf die Entstehung von Hypotheken beschränkt [2]; nach bayrischem Recht kann daher ein Faustpfandrecht auch

---

[2] Die neueren Hypothekengesetze dehnen die Wirkung der Publicität aus indem sie die Verpfändung von Immobilien nur in der Form der Hypothekbestellung zulassen Württembergisches Pf.G. Art. 2, Sächsisches B.G.B. Art. 387, Darmstädtisches H.G. Art. 5, und deßhalb hat auch Entwurf III. 365 ausgesprochen: „Liegenschaften können nur durch Hypothekbestellung verpfändet werden." Eine derartige Bestimmung fehlt in unserem Hypothekengesetz von 1822; es ist in diesem nicht nur ein solcher Satz gar nicht ausgesprochen, sondern es ist auch aus den Motiven zum Hypothekengesetz den Aeußerungen in den ständischen Verhandlungen und dem Commentar von Gönner zu entnehmen, daß es gar nicht beabsichtigt war eine solche Vorschrift zu treffen, daß man vielmehr die gesetzlichen Bestimmungen über die Verpfändung durch Besitzeinräumung (pignus) als dadurch nicht beseitigt betrachtete. Ganz unzweideutig ist dieß ausgesprochen von Gönner, Comment. I. 102: ... „sollte man also für ein System, worin das Pfand nur bei beweglichen Sachen und durch deren körperliche Uebergabe, die Hypothek aber nur bei unbeweglichen Sachen und durch die Eintragung in das öffentliche Buch statt findet, das Unterpfand als Gattungsbegriff, und nach diesem seine beiden Arten zeichnen, so müßte die Redaction unstreitig sagen: Unterpfand ist das dingliche Recht eines Gläubigers an einer fremden Sache zur Sicherheit seiner Forderung (definitio generis, auf welche dann die definitiones specierum folgen): besteht das Unterpfand in einer beweglichen Sache, welche dem Gläubiger zur Sicherheit übergeben wird, (oder: wird dem Gläubiger zur Sicherheit eine bewegliche Sache übergeben) so ist es ein Pfand: besteht es in einer unbeweglichen Sache, und wird es in das öffentliche Buch eingetragen (oder: wird das Unterpfand auf eine unbewegliche Sache in das öffentliche Buch eingetragen) so ist es eine Hypothek. Wenn nun ein Recht gezeichnet werden soll, welches nur eine Species ist, das Gesetz aber die andern Species nicht behandelt, also auch den Gattungsbegriff nicht aufstellen kann, so ist es ein Gebot der Logik, daß die Merkmale der Gattung mit den Merkmalen der Art (praedicata generis cum praedicatis speciei) in dem Begriffe verbunden werden müssen. Dieser Fall liegt vor, das Gesetz hat nur die Hypotheken als Species zum Gegenstand; da nun keine Hypothek ohne Eintragung in das öffentliche Buch existirt, so ist der Begriff der Hypothek nur dann vollständig und logisch richtig, wenn er dieses Merkmal in sich hat, und es ist in dem Begriff eben so wesentlich als das Merkmal der unbeweglichen Sache, wenn nur diese der Gegenstand einer Hypothek sein kann; denn beide Merkmale bedingen mit gleicher Wirkung das Dasein des dinglichen Rechts, welches wir im Gegensatz aller andern mit dem Namen Hypothek bezeichnen. Oder glaubte man etwa, den Begriff des Pfands ohne das Merkmal der Uebergabe richtig gezeichnet zu haben?" Dieß ist neuerdings anerkannt Erk. 25/10 62 Bl. XXVII. 405. Es kann demnach nicht bezweifelt werden, daß in Bayern ein Pfandrecht an Immobilien ohne Eintragung in das Hypothekenbuch durch Besitzeinräumung constituirt werden kann. Die Bestellung eines derartigen Pfandrechts richtet sich nach den bis

an Immobilien bestellt werden und zwar theils in der Form der bloßen Besitzeinräumung (pignus) theils in der des antichretischen Vertrags [3]. Dagegen ist für Mobilien und Rechte soweit die ersteren

---

dahin geltenden civilrechtlichen Bestimmungen, und die neuere Gesetzgebung hat darauf nur insoferne Einfluß gehabt, als sie den Hypotheken einen unbedingten Vorzug einräumt. Das Vorstehende gilt indessen nicht in dem Gebiet des Preußischen Landrechts. Dieses läßt I. 20. 71 das Pfandrecht im engern Sinn (pignus) zwar auch an Immobilien zu, schreibt jedoch ebenda § 100 die Eintragung in das Hypothekenbuch vor, die in Bayern nicht zuläßig ist, so daß also hier in dem Gebiet des Preußischen Landrechts ein pignus an Immobilien nicht bestellt werden kann vgl. oben § 181, 56.

[3] Die Auffassung Gönners in seinem Commentar zum H.G. ist ganz zweifellos die oben angeführte. Er bestimmt vor allem Comment. I. 81 den Unterschied von Pfand und Hypothek nach bayrischem Recht dahin, daß das Pfand nur durch Uebergabe die Hypothek nur durch Eintragung entstehe, und daß ersteres sowohl bewegliche als unbewegliche Sachen die letztere nur Immobilien zum Gegenstand habe, constatirt Comment. I. 103 und 109, daß sich das bayrische Hypothekengesetz nur auf die Verpfändung in der Form der Hypothekbestellung nicht aber die Pfandbestellung mit Besitzeinräumung beziehe, und bestimmt dann Comment. I. 159 das Verhältniß der beiden Institute in folgender Weise: „... ist noch größere Vorsicht nothwendig in einem Gesetz, welches das Hypothekenrecht allein und getrennt vom übrigen Pfandrecht behandelt. Seine Aufgabe ist zu bestimmen, daß das Grundpfand als ein besonderes Institut neben den Hypotheken bestehe .... Alles dieses richtig und erschöpfend und mit der nothwendigen Kürze auszudrücken, ist eine schwere Aufgabe der Redaction. Die Bestimmung tritt zwischen zwei Institutionen in die Mitte, sie berührt auf der einen Seite das neue Hypothekeninstitut, auf der andern Seite das bisherige Grundpfand; die Redaction wird also, um ihre Aufgabe ganz zu lösen, die Richtung nach beiden Seiten nehmen müssen, und nach dieser Ansicht war im Entwurf v. J. 1819 die Stelle in folgender Art abgefaßt: „Selbst dadurch, daß dem Gläubiger der Besitz der Sache oder deren Nutzungsrecht eingeräumt wird, erhält derselbe ohne Eintragung in das Hypothekenbuch keine Hypothek, sondern bloß die Rechte des Faust- oder Nutzungspfands. — Bei der nachherigen Prüfung hielt man die mehr negative Bestimmung, daß er keine Hypothek erlange, für entbehrlich, dagegen aber die darauf folgende positive Bestimmung, daß er bloß die Rechte des Faust- oder Nutzungspfands erhalte, für nothwendig; die Prioritätsordnung § 21 gab mit der Bestimmung, daß das Faust- oder Nutzungspfand den Hypotheken nachgehe, aber vor andern Gläubigern den Vorzug in der dritten Classe begründe, dem Ganzen die nothwendige Haltung und Vollständigkeit. — Die Stände haben für besser gehalten, die positive Bestimmung zu umgehen, und dafür aus dem Entwurf v. J. 1819 die negative allein aufzunehmen. Die amtlich bekannt gemachten Verhandlungen geben über den Grund dieser Abänderung keinen Aufschluß. Daß sie nicht wesentlich sei, leuchtet aus der Sache selbst ein; denn nirgends hat das Gesetz verboten, unbe-

nicht die Eigenschaft als Pertinenzen von Hypothekobjekten [4] die letzteren die Eigenschaft von Hypothekobjekten [5] oder von Bestandtheilen solcher haben die Verpfändung mit Besitzeinräumung die ausschließliche Art der Pfandbestellung [6]. Mit dieser Beschränkung kommen die früheren civilrechtlichen Bestimmungen über die Verpfändung durch Besitzeinräumung in der Hauptsache [7] auch jetzt noch zur Anwendung, und es ist weder durch die Bestimmungen der Prioritätsordnung [8] noch durch

---

wegliche Sachen zum Pfand zu geben; vielmehr spricht die Prioritätsordnung § 21 diesem ein Vorzugsrecht jedoch erst in der dritten Classe nach den Hypotheken zu, und dieser Vorzug kommt unter den Gläubigern nicht bloß in sondern auch außer dem Concurse zur Anwendung; daher besteht das Verhältniß des Grund- oder Nutzungspfands nach dem Hypothekengesetz, unter Rückblick auf dasjenige, was hierüber schon Seite 109 und 133 bemerkt wurde, in Folgendem: 1) das Grund- oder Nutzungspfand bleibt nach den bisherigen Civilgesetzen gültig, als ein eigenes Institut, nicht als ein Rechtstitel zur Hypothek, dem noch die Eintragung in das öffentliche Buch hinzukommen müßte. Es erhält seine Perfektion durch die wirkliche Uebergabe der Sache, ohne Rücksicht auf die Inscription." Ebenso sagen die Motive zum H.G. S. 35: „Der zweite Absatz des § 10 zeigt, daß und wie das Hypothekenrecht, getrennt von dem übrigen Pfandrechte, aufgestellt und eingeführt werden kann. Für das Hypothekenrecht genügt die Bestimmung, daß das Grund- und Nutzungspfand (antichresis) ohne Eintragung in die Hypothekenbücher die Wirkungen einer Hypothek nicht habe, sondern nur die Rechte des Faust- oder Nutzungspfandes hervorbringe, die in den Civilgesetzen auf verschiedene Weise bestimmt sind. Daß sie sowohl in als außer dem Konkurse den Hypotheken nachgehen müssen, folgt aus den Bestimmungen des § 64—70, woselbst die Grund- und Nutzungspfänder stillschweigend von der Immobiliar-Masse und dem darauf ruhenden Separationsrechte der Hypothekargläubiger ausgeschlossen sind."

[4] Vgl. oben § 187, 24.

[5] Vgl. oben § 187, 9.

[6] Gönner, Comment. I. 109. Es ist dieß die natürliche Consequenz der Aufhebung aller generellen und gesetzlichen Pfandrechte.

[7] Ueber die Modifikation, welche durch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs theils allgemein theils nur für den handelsrechtlichen Verkehr gegeben sind vgl. unten Note 27 und 34.

[8] Prioritätsordnung 1822, § 21: In die dritte Classe gehören: 1) Diejenigen, welche ein Faust- oder Nutzungspfand erhalten haben und dieses bei Eröffnung des Concurses noch besitzen, soweit der Werth der verpfändeten zur Concursmasse einzuliefernden Sache zur Zahlung hinreicht." Die Fassung dieser Bestimmung hat Veranlassung zu der Meinung gegeben, daß sie für das Rechtsverhältniß des pignus überhaupt maaßgebend und demnach das constitutum possessorium beim Faustpfand allgemein ausgeschlossen sei, wofür sich jetzt auch die Praxis unseres O.G.H. entschieden hat vgl. unten Note 51.

die der Prozeßordnung von 1869 [9] eine einheitliche Gestaltung herbeigeführt [10]. Für die Verpfändung durch Besitzeinräumung gelten hiernach folgende Grundsätze:

I. Begründung. Die Entstehung eines Faustpfandrechts hat folgende Voraussetzungen:

1. ein Faustpfandrecht kann an jeder unbeweglichen [11] und be-

[9] Die Vorschriften der Prozeßordnung über die Geltendmachung des Faustpfandrechtes haben nicht mit Beseitigung der entgegenstehenden Bestimmungen ein einheitliches Recht für die Pfandveräußerung geschaffen, sondern nur die Grundsätze einzelner Rechte dem neuen Verfahren angepaßt. Vgl. unten Note 80.

[10] Sofortige Regelung dieses Verhältnisses auf dem Weg der Gesetzgebung nach dem Vorgang von Württemberg, Sachsen und Hessen, Verbot der Bestellung eines pignus an Immobilien, einheitliche Regelung der Verpfändung von Forderungen und des Pfandverkaufs ist dringendes Bedürfniß. Die Stellung, welche die Gesetzgebung im Jahre 1822 einnahm, indem sie sich darauf beschränkte, die Verhältnisse der Hypotheken zu regeln, dagegen für das pignus das bisherige Recht bestehen ließ, entspricht nicht den berechtigten Forderungen der neueren Rechtsentwicklung und noch weniger unserm Rechtsbewußtsein, wie ich an mir selbst erfahren habe, da ich bisher der irrthümlichen Ansicht gewesen war, daß nach bayrischem Recht Verpfändung eines Immobile nur durch Hypothekbestellung und Eintragung in das Hypothekenbuch vollzogen werden könne, ein Irrthum, der nach meinen Erkundigungen bisher ziemlich allgemein getheilt wurde; so ganz ist die durch nichts gerechtfertigte Halbheit der Gesetzgebung von 1822 aus dem Gedächtniß der Zeitgenossen verschwunden. Ebenso ist die Regelung des Rechtsverhältnisses der Verpfändung von Forderungen, über deren Bedeutung sich bei uns drei Meinungen gebildet haben, dringendes Bedürfniß. Vgl. unten Note 13.

[11] Windscheid § 226 a, Seuffert, Pandekten § 195, Bayr. L.R. II. 6. 1. oben Note 1. Lehner, Prior.O. § 49, 1 will die Bestimmung der Prior.O. § 21 dahin auslegen daß die Bezeichnung Faustpfand nur das pignus an Mobilien und Forderungen die Bezeichnung Nutzungspfand das pignus an Immobilien bedeute. Das letztere ist ganz willkürlich, da ein Nutzungspfand auch an beweglichen Sachen und Rechten bestellt werden kann Kreittmayr, Anm. Nr. 1 f. zu L.R. II. 6. 11. „Und obwohl die beweglichen Dinge gemeiniglich sterile und ohne Nutzung sind, so dienen sie doch oft zur Zierde, Commodität und anderem Gebrauch, folglich sind solche so wenig als immobilia ab antichresi ausgeschlossen ... In incorporalibus z. E. Jurisdictionalibus, Regalibus, Territorialibus greift solche ebenfalls Platz." Aber auch die Beschränkung des Ausdrucks „Faustpfand" auf das Pfand an beweglichen Sachen und Forderungen entbehrt für das bayrische Recht der Begründung. Wie das oben Note 2 Mitgetheilte ergiebt war bei der Gesetzgebung von 1822 die Absicht, an den Verhältnissen des pignus nichts zu ändern, ganz zweifellos ausgesprochen, und es ist in den oben Note 3 mitgetheilten Aeußerungen Gönners hervorgehoben, daß nach bayrischem Recht die bisherigen Bestimmungen über das pignus unver-

weglichen [12] verkehrsfähigen Sache und an Rechten bestellt werden, welche selbstständig veräußerlich sind. Es gehören dahin namentlich die Forderungsrechte [13], die dinglichen Rechte, welche Gegenstand der Hypothekerrichtung sein können [14], ferner das Ewiggeld [15], die mit dem

---

ändert fortbestehen. Der Ausdruck „Faustpfand" in der Prioritätsordnung kann demnach in keinem anderen Sinn als demjenigen verstanden werden welchen die gemeinrechtliche Doktrin und das bayrische Landrecht damit verbindet. Speziell mit Beziehung auf die Verpfändung von Immobilien nennt Gönner das pignus „Grundpfand", und unterscheidet es von dem Nutzungspfand (antichresis), wie dieß auch der Doktrin des gemeinen Rechts und bayrischen Landrechts entspricht, obwohl für diese der von Gönner erfundene Ausdruck Grundpfand nicht technisch geworden ist. Nach dem gegenwärtigen Stand der bayrischen Gesetzgebung kann daher der Ausdruck „Faustpfand" nicht anders als gleichbedeutend mit pignus also auch die Verpfändung von Immobilien umfassend gebraucht werden.

[12] Diesen stehen nach H.G.B. Art. 309 Inhaberpapiere gleich.

[13] Dernburg, Pf.R. § 60, Windscheid § 227, 6 und 239, 7, Arndts § 367 Nr. 3, Seuffert, Pandekten § 195, 5, Ueber das Pfandrecht an Forderungen nach gemeinem Recht und nach bayrischem Landrecht Bl. XXXII. 1—9. Das bayrische Landrecht enthält keine speciellen Bestimmungen über die Verpfändung von Forderungen, und es ist deßhalb in Bayern in dem ganzen Rechtsgebiet des gemeinen Rechts die Frage, ob an einer Forderung ein Faustpfand bestellt werden könne, bestritten. Die neueren Gesetzgebungen haben diese Frage bejaht Pr. L.R. I. 20. 281, Förster, P. P.R. § 192, 36 und § 197, 17 f., Württembergisches Pf.G. Art. 245 und 248, Darmstädtisches Pf.G. Art. 171, Sächsisches B.G.B. § 502, Entwurf III. 442, und lassen durch Uebergabe der Urkunde ein Pfandrecht an der Forderung entstehen, das sich nach den über die Bestellung des Faustpfandes geltenden Grundsätzen richtet. Diese Bestimmung des Preußischen Landrechts ist auch für das bayrische Rechtsgebiet desselben maaßgebend. Für das Rechtsgebiet des gemeinen Rechts dagegen hat sich zunächst hinsichtlich der Stellung im Concurs eine Meinungsverschiedenheit ergeben. Nach der einen Ansicht hat die Verpfändung einer Forderung, als eine eventuelle Cession, die Wirkung, daß der Gläubiger im Concurs ein Separationsrecht anzusprechen hat Bl. XXXII. 7; nach einer anderen Meinung hat der Gläubiger dem eine Forderung verpfändet ist weder ein Separationsrecht noch ein Vorzugsrecht Bl. XXV. 22, während eine dritte Meinung der durch Uebergabe der Schuldurkunde vollzogenen Verpfändung einer Forderung die Wirkung des Faustpfandes beilegt, also ein Vorzugsrecht in der dritten Classe gewährt Bl. IX. 283 und XXXII, 115. Der letzteren Auffassung neigt sich auch die Rechtssprechung unseres O.G.H. zu, Erk. 2/3 67 Bl. XXXII. 240 und 20/2 69 Bl. XXXIV. 266, und es ist damit die Möglichkeit der Bestellung eines Pfandrechts an Forderungen mit der Wirkung, welche der Faustverpfändung zukommt, auch für das Gebiet des gemeinen Rechts in Bayern anerkannt, wie sie für das Gebiet des Preußischen Landrechts ohnehin feststeht.

[14] Vgl. oben § 187, 9—16. Es sind dieß: Fischereirechte, Bodenzinse,

Tod des Berechtigten erlöschenden Reallasten [16], das Pfandrecht [17], der Nießbrauch [18], das Verlagsrecht [19], nicht aber Reallasten die nicht selbstständig veräußert werden können [20], die Prädialservituten [21] und der Usus [22].

2. Der Verpfänder muß die Befugniß haben, durch Verpfändung über die Sache oder das Recht zu verfügen [23]. Die Pfandbestellung durch den Nichteigenthümer wird gültig, wenn der Eigenthümer sie nachträglich genehmigt [24], wenn der Verpfänder später Eigenthümer der Sache wird [25] und wenn der Eigenthümer ihn beerbt [26]. Eine Ausnahme ist begründet bei Verpfändung von Papieren auf den Inhaber [27] und bei Verpfändung von Waaren und anderen beweglichen

---

Bergeigenthum, dingliche Gewerbsrechte, das Platzrecht. Diese sind nach bayrischem Recht den unbeweglichen Sachen gleich zu achten.

[15] Vgl. oben § 178, 17.

[16] Gönner, Comment. I. 120. Voraussetzung ist, daß die einzelnen Leistungen veräußert werden können.

[17] Dernburg, Pf.R. § 61; Windscheid § 227, 7 und 239, 13; Förster, P. P.R. § 192, 56 und 70; Entwurf III. 442 und 443.

[18] Dernburg, Pf.R. § 62; Windscheid § 227, 4; Förster, P. P.R. § 192, 62 und 71; Entwurf III. 441.

[19] Dernburg, Pf.R. § 64, Förster, P. P.R. § 192, 85.

[20] Vgl. oben § 171, 29 und 30.

[21] Dernburg, Pf.R. § 62, 2; Windscheid § 227, 5; Förster, P. P.R. § 192, 63; vgl. oben § 162, 13.

[22] Dernburg, Pf.R. § 62, 3, Windscheid § 227, 5.

[23] Dernburg, Pf.R. § 25; Windscheid § 230; Seuffert, Pandekten § 197, 1; Förster, P. P.R. § 192, 16 f. Bayr. L.R. II. 6. 6. Nr. 3. Pr. L.R. I. 20. 15. Ueber die Frage, welche Wirkung die Verpfändung durch den Usucapionsbesitzer habe vgl. Windscheid § 230, 6, Seuffert, Pandekten § 197, Dernburg, Pf.R. § 26. Durch besonders Privilegium kann Leihhäusern und ähnlichen Anstalten die Befugniß eingeräumt sein, daß sie die vom Nichteigenthümer verpfändeten Gegenstände nur gegen Ersatz der Auslagen an den Eigenthümer herauszugeben haben, ein Rechtssatz den das Preußische Landrecht generalisirt vgl. oben § 149, 57.

[24] l. 16. § 1. D. 20. 1; Goldschmidt, Handelsrecht § 86, 2; Bayr. L.R. II. 6. 8. Nr. 2; Pr. L.R. I. 20. 72.

[25] Arndts § 371, 4. Seuffert, Pandekten § 197, 8. Bayr. L.R. II. 6. 8. Nr. 3. Pr. L.R. I. 20. 16. A. M. Windscheid § 230, 8 und Goldschmidt, H.R. § 86, 4, die dem Pfandnehmer nur eine Einrede und wenn er in gutem Glauben war ein Klagrecht gewähren.

[26] Bayr. L.R. II. 6. 8. Nr. 3. Pr. L.R. I. 20. 76. Gemeinrechtlich ist dieß bestritten Dernburg, Pf.R. § 31, 18, Seuffert, Pandekten § 197, 10, Windscheid § 230, 9, Arndts § 471, Anm. 1 b.

[27] H.G.B. Art. 307.

Sachen, welche ein Kaufmann in seinem Handelsbetrieb vornimmt [28], an welchen der redliche Erwerber ein Pfandrecht erwirbt, auch wenn sie vom Nichteigenthümer ausgeht.

3. Der Titel der Entstehung ist eine Disposition des Verpfänders, nämlich Vertrag oder letztwillige Verfügung [29], nicht aber Ersitzung [30]. Gesetzliche Faustpfandrechte kennt das bayrische Civilrecht nicht mehr, da die Generalpfandrechte aufgehoben sind [31], Hypotheken nur an Immobilien und durch Eintragung entstehen können [32], und die gesetzlichen Specialpfandrechte an Mobilien nur die Bedeutung von Vorzugsrechten haben [33]. Dagegen sind die durch das deutsche Handelsgesetzbuch dem Commissionär Spediteur und Frachtführer [34] eingeräumten gesetzlichen Pfandrechte auch in Bayern anwendbar [35]. Ebensowenig wird nach bayrischem Recht durch richterliche Verfügung ein Faustpfandrecht begründet, da durch Pfändung kein Pfandrecht entsteht [36],

---

[28] H.G.B. Art. 306; Goldschmidt, Handelsrecht § 86, 30 f.

[29] Dernburg, Pf.R. § 22 und 34, Förster, P. P.R. § 193, 31 f., Bayr. L.R. II. 6. 6. Nr. 3, Pr. L.R. I. 20. 2.

[30] Dernburg, Pf.R. § 21, 6, Windscheid § 229, 1, Förster, P. P.R. § 193, 1.

[31] Vgl. oben § 186.

[32] Vgl. oben § 185, 6.

[33] Prior.O. § 21 Nr. 2—6 sind die Ansprüche der Vermiether und Verpächter u. s. f. in die dritte Classe locirt, ohne daß ihnen ein gesetzliches Pfandrecht beigelegt wäre. Gönner, Comment. I. 111 legt dieß dahin aus, daß durch diese Bestimmung der Prioritätsordnung die stillschweigenden Pfandrechte auf gewisse Mobilien aufgehoben und in ein Vorzugsrecht im Concurs und ein Retentionsrecht außer dem Concurs verwandelt seien. Hiernach sind also die gesetzlichen Pfandrechte an bestimmten Mobilien, welche das gemeine Recht und das bayrische und preußische Landrecht aufstellten, als beseitigt anzusehen.

[34] H.G.B. Art. 374, 382, 409; vgl. Laband, über das kaufmännische Pfand- und Retentionsrecht Z. f. H.R. IX. 425 f., Goldschmidt, H.R. § 97, Förster, P. P.R. § 193, 21 f. Ueber die aus dem Seeverkehr entspringenden Pfandrechte vgl. H.G.B. Art. 624, 629, 675, 680, 697, 727, 758 f.

[35] Einf.Ges. zum H.G.B. Art. 55 giebt ihnen das in Prior.O. § 21, 6 begründete Vorzugsrecht, wenn sie das durch das Handelsgesetzbuch eingeräumte gesetzliche Pfandrecht nicht ausgeübt haben, erkennt also das letztere ausdrücklich an.

[36] Gemeinrechtlich wird angenommen, daß durch die Abpfändung kein Pfandrecht entstehe, Windscheid § 233, 5, und es stimmt damit auch das Preußische Recht überein Förster, P. P.R. § 193, 45. Nach Bayr. L.R. II. 6. 6. Nr. 2 und Anm. 2 zu L.R. II. 6. 3 wurde angenommen, daß durch gerichtliche Pfändung ein Pfandrecht entstehe; indessen gewährte die durch Einf.Ges. zur Proz.O. Art. 3, 13 aufgehobene Prioritätsordnung § 23, 8 den Gläubigern, welche die Auspfändung erlangt haben, nur ein Vorzugsrecht. Auch die Proz.O. 1869

und die richterliche Immission nur einen Titel zur Eintragung einer Hypothek gewährt [37].

4. Der Verpfändungsvertrag kann gemeinrechtlich durch bloßen Consens abgeschlossen werden [38]; nach bayrischem Landrecht ist Einantwortung [39] nach Preußischem Landrecht schriftliche Errichtung erforderlich, insoferne der Werth der Sache fünfzig Thaler überschreitet [40]. Immer wird die Errichtung einer Notariatsurkunde vorausgesetzt, wenn das Pfandrecht sich auf unbewegliche Sachen bezieht [41]. Dagegen ist Eintragung in das Hypothekenbuch, welche nach Preußischem Recht bei Immobilien diesen gleichstehenden Rechten und Reallasten für das pignus vorgeschrieben ist [42], nach Bayrischem Recht nur bei Hypothekenforderungen zuläßig [43]. Bestellung des Pfandrechts gewährt gemeinrechtlich Anspruch auf Einräumung des Besitzes durch Uebergabe des Objekts [44] oder constitutum possessorium [45], welches letztere

---

räumt dem Gläubiger kein Pfandrecht an den gepfändeten Gegenständen ein Z.A.B. XI. 201.

[37] Vgl. oben § 189, 37.

[38] Dernburg, Pf.R. § 22, Windscheid § 230, 1.

[39] G.O. XX. § 9. Nr. 5: „und soll hierinfalls die Einantwortung des Pfands statt Siegel Brief und obrigkeitlichen Errichtung gelten."

[40] Förster, P. P.R. § 193, 33.

[41] Not.Ges. Art. 14, vgl. oben § 136, 53 f. § 189, 48 und § 192, 26.

[42] Förster, P. P.R. § 192, 73, 76, 79, 81 und § 193, 52. Deßhalb kann in Bayern in dem Gebiet des Preußischen Landrechts an Immobilien diesen gleichstehenden Rechten und Reallasten kein pignus bestellt werden, da die gesetzliche Voraussetzung der Entstehung die Eintragung in das Hypothekenbuch hier nicht ausführbar ist; vgl. oben Note 2.

[43] Vgl. oben § 192, 13. Die Eintragung in die III. Rubrik ist hiernach nur zuläßig nicht nothwendig. Für Reallasten und Personalservituten ist eine solche Eintragung nur zuläßig, wenn sie als Hypothek in die III. Rubrik eingetragen sind, da sie hier in ihrer Eigenschaft als Hypothek verpfändet werden können; dagegen kann nach Bayrischem Recht das pignus an anderen Reallasten und Personalservituten ebensowenig in das Hypothekenbuch eingetragen werden als an den Hypothekenobjekten selbst, da das Bayrische Hypothekengesetz keinerlei Vorschrift darüber enthält.

[44] §. 7. J. 4. 6. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus quae simul etiam traditur creditori maxime si mobilis sit. l. 9. § 2. D. 13. 7. Proprie pignus dicimus quod ad creditorem transit. Bayr. L.R. II. 6. 1: Wenn das verpfändete Gut wirklich ausgeantwortet und übergeben wird so nennt man es .... ein Faustpfand. Pr. L.R. I. 20. 104. „Die Uebergabe des Pfandes muß in der Regel so geschehen, daß die Sache in die körperliche Gewahrsam des Gläubigers wirklich gelange und darin verbleibe."

jedoch nach Preußischem Landrecht bei dem Pfandvertrag nicht zulässig ist [46]. Bestritten ist, inwieferne bei Bestellung eines Faustpfands

---

Bei Forderungen und solchen Rechten, welche nicht wie der Nießbrauch Detention der Sache voraussetzen, kann die Besitzeinräumung durch Aushändigung der betreffenden Urkunden erfolgen insoferne solche bestehen. Bremer, Pfandrecht 135 f., Windscheid § 239, 7 a, Kreittmayr Anm. Nr. 5 b zu L.R. II. 3. 8: „denn es kann ja leicht geschehen, daß wir das Dokument ... ex pignore ... in die Hand bekommen." Hieraus folgert ein Aufsatz Bl. IX. 283, daß Verpfändung einer Forderung durch Uebergabe der betreffenden Urkunde auch dem Bayrischen Recht entspreche. A. M. Steppes in Bl. XXV, 22 Note 6, der nur bei Schuldbriefen auf den Inhaber die Möglichkeit der Bestellung eines Faustpfandes durch Uebergabe der Schuldurkunde annimmt. Allein für die erstere Ansicht spricht die Bestimmung des Hypothekenrechts, welches bei Verpfändung einer Hypothekforderung Ausantwortung der Schuldurkunde an den Gläubiger voraussetzt Instruktion § 32: „Bei Verpfändungen einer eingetragenen Hypothek hat sonst weiter nichts zu geschehen als daß ..... der Eintrag ... gemacht wird: „Die ... eingetragene Hypothek ist unter Extradition des Hypothekenbriefes an N... verpfändet." Auf die Uebergabe der Urkunde hat gemeinrechtlich der Gläubiger keinen Anspruch außer soweit sie ihm zur Geltendmachung der Forderung erforderlich ist Windscheid § 239, 7 a; dagegen ist sie Pr. L.R. I. 20. 281 allgemein vorgeschrieben, womit Entwurf III. 442 übereinstimmt, und auch bei Verpfändung von Hypothekforderungen ist sie nach Instruktion § 32 vorausgesetzt. Soweit eine Aushändigung der Schuldurkunde nicht erfolgt ist, und bei Verpfändung von Forderungen und Rechten über welche keine Urkunden ausgestellt sind, geschieht die Verpfändung durch Benachrichtigung des Schuldners. Windscheid § 239, 8. Pr. L.R. I. 20. 288. „Sollen Aktivforderungen über welche kein Instrument vorhanden ist verpfändet werden, so ist die Bekanntmachung an den Schuldner derselben dazu nothwendig."

[45] Die Zuläßigkeit ist gemeinrechtlich unbezweifelt Dernburg Pf.R. § 90, Laband Z. f. H.R. IX. 237, 7, Erk. 2/1 47 Bl. XXV. 281. Dasselbe spricht aus Kreittmayr Anm. 3 zu L.R. II. 6. 10: „sobald das Constitutum possessorium dazu kommt, ist es keine Hypothek mehr sondern ein Faustpfand, weil ermeldtes Constitutum ... species fictae traditionis mithin Debitor solchenfalls nicht so viel mehr suo als creditoris nomine in possessione rei hypothecatae ist." Ich kann deßhalb der Ansicht von Goldschmidt, H.R. § 65, 16, daß das bayrische Landrecht zu denjenigen Gesetzen gehöre, welche die Zuläßigkeit des Constitutum possessorium bei Bestellung eines Faustpfands ausschließen, nicht beistimmen, und diese Ansicht ist auch in unserer Praxis nicht anerkannt s. Schierlinger Bl. XII. 87, Bl. XXV. 4, Steppes in Bl. XXV. 23, Erk. des Bez.G. Traunstein 19/1 69 Z. A.B. IX. 158; a. M. Bez.G.E. 8/7 70 Z. A.B. XI. 207.

[46] Pr. L.R. I. 20. 105. Förster, P. P.R. § 196, 5. Die gleiche Bestimmung hat Entwurf III. 424. Das gleiche nimmt Goldschmidt, H.R. § 86, 44 für das kaufmännische Faustpfand an; a. M. Laband Z. f. H.R. IX. 238, 8, der hier lediglich die Bestimmungen des Civilrechts entscheiden läßt.

das Constitutum possessorium nach neuerem Bayrischen Recht zulässig sei. Da nämlich in der Prioritätsordnung dem Faustpfand ein Vorzugsrecht eingeräumt ist [47], so ist die Frage entstanden, inwieferne das hier gemeinte Pfandrecht auch auf die Verpfändung mittelst constitutum possessorium zu beziehen sei. Zweifellos schließt die Bestimmung der Prioritätsordnung eine derartige Vereinbarung aus, und es kann daher das dadurch dem Faustpfand eingeräumte Vorzugsrecht nur von dem besitzenden Gläubiger angesprochen werden [48]. Dagegen widersprechen sich die Ansichten über die Frage ob diese Bestimmung bei Bestellung eines Faustpfands das Constitutum possessorium allgemein ausschließe [49] oder dem letzteren nur das Vorzugsrecht im Concurs abspreche [50]. Die Praxis hat sich jetzt für die erstere Alternative entschieden [51], und eine derartige Vereinbarung erscheint daher auch im Rechtsgebiet des gemeinen Rechts und Bayrischen Landrechts nicht mehr als zuläßig.

II. Rechtsverhältniß. Der Gläubiger hat Anspruch auf Besitz der Sache, den er gegen den Schuldner wie gegen jeden Dritten geltend machen kann [52]. Er muß die Sache gehörig verwahren und und haftet für Mangel an Sorgfalt [53]. Der Pfandgläubiger ist nicht berechtigt ohne Genehmigung des Verpfänders die Sache zu gebrauchen [54].

---

[47] Prior.O. § 21, 1. Vgl. oben Note 8.

[48] Gönner, Comment. I. 81, II. d. Schierlinger in Bl. XII. 92. Steppes in Bl. XXV. 21. A. M. ein Aufsatz Bl. XXV. 10, der durch den Wortlaut der Pr.O. die Nothwendigkeit des Innehabens auf Seite des Gläubigers nicht gegeben glaubt, was jedoch wie Steppes Bl. XXV. 21 f. ausführt nicht haltbar ist. Die letztere Ansicht ist anerkannt Erk. 2/1 47 Bl. XXV. 279; 26/1 56 XXI. 168; 17/7 61 Bl. XXVI. 512.

[49] Der Aufsatz Bl. XII. 92 hält das constitutum possessorium für unverträglich mit dem Grundsatz der Publicität, den er auch für das Faustpfand bestimmend hält, und erklärt sich daher überhaupt gegen die Anwendbarkeit desselben nach jetzigem Bayrischen Recht.

[50] Diese Ansicht ist von Steppes Bl. XXV. 17 f. ausgeführt.

[51] Erk. 28/7 71 Sammlung I. 182. Der entgegengesetzten Meinung sind noch Erk. 31/12 61 Bl. XXVII. 405 und 18/8 66 Bl. *XXXI. 137.

[52] Windscheid § 235, 1, Bayr. L.R. II. 6. 22, Pr. L.R. I. 20. 116—118, Förster, P. P.R. § 196, 6.

[53] Dernburg, Pf.R. § 17, 28. Seuffert, Pandekten § 210, 7. Bayr. L.R. II. 6. 16. Nr. 3. Pr. L.R. I. 20. 121. 122. 189. Förster, P. P.R. § 196, 8.

[54] § 6. Inst. 4. 1. Bayr, L.R. II. 6. 11. Nr. 1. Nürnberg Ref. XX. 1. 1. Pr. L.R. I. 20. 123.

Eine Ausnahme ist begründet bei fruchttragenden Sachen, bei welchen dem Gläubiger selbst die Verpflichtung des Gebrauchs obliegt, da er die Nutzungen ziehen muß [55], wobei der Ertrag nach Abzug der Kosten auf die Zinsen und auf das Kapital abzurechnen und der Ueberschuß an den Schuldner herauszugeben ist [56], und nach Bayrischem Landrecht wenn das Pfand in Vieh besteht [57]. Der Gläubiger kann sich auch statt der Zinsen den Bezug der Früchte ausbedingen (Antichretischer Vertrag). Dieser ist gemeinrechtlich [58] und nach Bayrischem [59] und Preußischem Landrecht [60] gestattet, in mehreren Statuten jedoch ausdrücklich verboten [61]. Die Antichrese ist gemeinrechtlich [62] an das damals bestehende Zinsverbot nicht gebunden, jedoch ist dieß in mehreren Statuten geschehen [63].

2. Gemeinrechtlich hat der Gläubiger das Recht der Afterverpfändung [64], während er nach Preußischem Landrecht bewegliche Sachen nur mit Einwilligung des Eigenthümers weiter verpfänden darf [65].

---

[55] Dernburg, Pf.R. § 88, 8 f. Pr. L.R. I. 20. 139. Förster, P. P.R. § 196, 12. Nach Anm. 1. d. zu Bayr. L.R. II. 6. 11 wird hier stillschweigend Einwilligung des Schuldners zur Benützung der Pfandsache angenommen.

[56] Dernburg, Pf.R. § 88, 10. Windscheid § 234, 3. Bayr. L.R. II. 6. 11. Nr. 4. Pr. L.R. I. 20. 140. Förster, P. P.R. § 196, 13.

[57] Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 3: „Zweitens wenn das Pfand in Vieh besteht denn dieses kann der Pfandinhaber für die Atzung jedoch andergestalt nicht als auf gebührliche Weise brauchen."

[58] Dernburg, Pf.R. § 80. Windscheid § 234, 5. Seuffert, Pandekten § 211.

[59] Bayr. L.R. II. 6. 11. Nr. 5.

[60] Pr. L.R. I. 20. 227—242. Hier ist richterliche Bestätigung des Vertrags vorgeschrieben. Vgl. Förster, P. P.R. § 196, 18 f.

[61] Bayreuth V. 26/10 1731 Arnold II. 219; Eichstädt V. 29/7 1690 Arnold II. 367; Schwarzenberg V. 13/6 1685 und 18/7 1781 Arnold II. 611 und 651.

[62] Dernburg, Pf.R. § 91, 13. Windscheid § 234, 13.

[63] Bayr. L.R. II. 6. 11 Nr. 5; Dinkelsbühl St. II. 10. 12 Arnold II. 325; Mainz L.R. XIX. 7; Würzburg V. 2/1 1697 und 27/6 1726 M. S. I. 469 und 572; Pr. L.R. I. 20. 230 f. Vgl. Förster, P. P.R. § 196, 20 f. Das Gesetz 5/12 67 die Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen über die Zinsen betreffend bestimmt nichts über die Antichrese. Zink, Comment. in Dollmann G.G. I. 4. 291 hält dadurch die erwähnten gesetzlichen Beschränkungen für beseitigt. In Preußen ist bei Aufhebung der Zinsbeschränkungen der antichretische Vertrag ausdrücklich ausgenommen worden Förster, P. P.R. § 196, 19.

[64] Dernburg, Pf.R. § 61, 18. Den gleichen Grundsatz spricht Kreittmayr Anm. 1 a zu Bayr. L.R. II. 6. 12 aus.

[65] Pr. L.R. I. 20. 137. Förster, P. P.R. § 196, 22 f.

3. Der Gläubiger hat ein Retentionsrecht bis zur völligen Befriedigung der Pfandschuld [66], gemeinrechtlich auch für andere Forderungen die ihm gegen den Schuldner zustehen [67].

4. Der Gläubiger hat das Recht zur Befriedigung seiner Forderung das Pfandobjekt in Anspruch zu nehmen. Voraussetzung ist Fälligkeit der Forderung [68] und Nichtbefriedigung des Gläubigers [69]. Gemeinrechtlich kann über die Art und Weise des Pfandverkaufs durch vertragsmäßige Festsetzung das Nähere bestimmt werden [70], was im Bayrischen Landrecht ausdrücklich anerkannt ist [71]. Ist nichts näheres

---

[66] Bayr. L.R. II. 6. 14. Nr. 1: Wenn der Gläubiger das Pfand in Händen hat so mag er solches jure retentionis so lang inbehalten bis er befriedigt oder concursu creditorum von anderen ein Vorrecht darauf docirt und erkannt ist. Pr. L.R. I. 20. 163 f. Förster, § 196, 28 f.

[67] l. un. Cod. 8. 27. Vgl. darüber Dernburg, Pf.R. § 92—94. Windscheid § 234, 1. Vangerow § 382 Anm. Erk. 20/3 71 Sammlung I. 62. Bayr. L.R. II. 6. 14 Nr. 2: Hat erstgedachtes jus retentionis nicht nur um das nemliche debitum, wofür das Pfand ausgestellt ist, sondern auch um andere gegen den nämlichen debitorem habend-eigenrichtige Forderungen, ob sie schon mit der Pfandschuld selbst keine Connexion haben, allerdings Platz, welches jedoch auf den Fall limitirt wird, wenn ein anderes ausdrücklich bedungen ist, oder zu gleicher Zeit zweierlei Schulden contrahirt werden, und das Pfand nur für eine ausgestellt ist. Mainz L.R. XIX. 9: „Es kann auch der Creditor, wann ihm das schuldige Kapital abgelegt worden, das in Handen habende Faustpfand wegen einem andern Kapital, so ihm dieser Debitor schuldig, zurückhalten bis dieses Capital sammt Interesse abgelegt wird." Ausgeschlossen ist dieses Retentionsrecht nach Pr. L.R. I. 20. 171—173, Förster, P. P.R. § 196, 30 und Bl. XV. 239. Auch die Bestimmung der Nürnberger Reformation XX. 2 1 schließt das Retentionsrecht wegen anderer Forderungen aus.

[68] l. 4. D. 20. 5. Dernburg, Pf.R. § 97 Nr. 1. Windscheid § 237, 3. Vangerow § 379 Anm. 3. Pr. L.R. I. 20. 25.

[69] Seuffert, Pandekten § 203, 3. Windscheid § 237, 2. Bestritten ist, ob mora debitoris erforderlich sei. Dieß bejahen Dernburg, Pf.R. II. 122 f. und Puchta, Pandekten § 201. A. M. Vangerow § 279 Anm. 3 und Windscheid § 237, 3. Für die erstere Meinung Bayr. L.R. II. 6. 12: „Erstlich muß Debitor in mora solvendi sein"; ebenso ist H.G.B. Art. 310 Verzug des Schuldners vorausgesetzt Goldschmidt H.R. § 90, 9.

[70] Glück, Comment. XIX. 384. Arndts § 375 o. Seuffert, Pandekten § 204.

[71] Bayr. L.R. II. 6. 12. Nr. 3: „Zweitens soll man den in der Obligation vorgeschrieben modum alienationis beobachten". Bl. XXXV. 169, 3 ist angenommen, daß nach Bayrischem Recht der Gläubiger den Verkauf des Pfandes jedesmal durch den ordentlichen Richter vornehmen lassen müsse, was mir hiernach nicht begründet scheint.

bestimmt, so hat der Gläubiger die Befriedigung selbst zu betreiben, und ist nur verbunden, dem Schuldner Anzeige zu machen und die gesetzliche Wartezeit einzuhalten, nämlich die Maaßregeln zu seiner Befriedigung erst zwei Jahre nach der letzten Anzeige ins Werk zu setzen [72], womit das Bayrische Landrecht übereinstimmt und nur die Termine abändert [73]. Dagegen ist nach Preußischem Landrecht Klagestellung erforderlich [74]. Die Befriedigung erfolgt bei Sachen durch Verkauf, bei Rechten und Forderungen durch Verkauf oder Eintreibung. Die Vereinbarung daß bei Nichtzahlung der Schuld das Pfandobjekt dem Gläubiger verbleiben solle (lex commissoria) ist nichtig [75]. Der

---

[72] Windscheid § 237, 4 f. Gemeinrechtlich muß die Anzeige dreimal wiederholt werden, wenn Nichtverkauf des Pfandes vereinbart ist, außerdem genügt einmalige Anzeige Dernburg, Pf.R. II. 143. Auf die gemeinrechtlichen Bestimmungen führen zurück: Castell V. 1804 § 6 Arnold II. 290; Hohenlohe L.R. III. 15. 11 Arnold II. 480 jedoch mit Beseitigung der Wartezeit; Öttingen Judenordnung 1785 Art. 6 Arnold II. 522; Schwarzenberg Judenordnung 1764 Arnold II. 633.

[73] Bayr. L.R. II. 6. 12 Nr. 2. „Soviel aber das verpfändete Gut selbst belangt, mag zwar solches von ihm ebenfalls angegriffen und veräußert werden, jedoch 3° andergestalt nicht als unter folgenden Requisitis: Erstlich muß Debitor in mora solvendi sein. Zweitens soll man den in der Obligation vorgeschriebenen modum alienationis beobachten, und wenn disfalls nichts pactirt ist, so soll man drittens terminum legalem a die morae erwarten. Hiernächst auch viertens dem Debitori die vorhabende Veräußerung verkünden, und endlich fünftens dieselbe durch den ordentlichen Richter auf Art und Weis, wie in Cod. jud. cap. 19. § 7 deutlich verordnet ist, vornehmen lassen. Wie und auf was Weis Debitor in mora solvendi constituirt werde, siehe oben Cap. 3 § 21 Nr. 3. Obverstandener Terminus legalis aber erstreckt sich 4° a die morae in Veräußerung liegender Pfandschaften auf ein Jahr, in fahrenden hingegen nur auf vierzehn Tage, oder wenn der Schuldner abwesend ist, auf drei Monat, es seie dann, daß das Pfand nur in Viehe oder Comestibilien bestehet, massen man hierin gegen Abwesende, wie gegen Anwesende, und zwar wenn es verpfändetes Viehe betrifft, nach drei Tagen verfahret. 5° Soll obige Denunciation dem Debitori, wenn er anderst gegenwärtig ist, unter Augen oder wenigst bei seinem häuslichen Anwesen geschehen."

[74] Pr. L.R. I. 20. 25. 197. 198, Förster, P. P.R. § 194, 95. Goldschmidt, H.R. § 89, 46. Die fortdauernde Geltung dieser Bestimmung ist in Bayern durch E. G. zur Pr.O. Art. 11 vorbehalten vgl. unten Note 79. Von anderen Civilgesetzen, welche gerichtlichen Ausspruch zur Veräußerung voraussetzen, können nur die Bestimmungen Dinkelsbühl St. II. 10. 8 Arnold II. 324 und Nürnberg Ref. XI. 1. 8 hieher gezählt werden.

[75] l. 3. Cod. 8. 35. Goldschmidt, H.R. § 89, 5. Windscheid § 238, 3.

Verkauf geschieht gemeinrechtlich sowohl bei Immobilien [76] als Mobilien außergerichtlich [77]; einzelne Rechte schreiben gerichtlichen Verkauf allgemein vor [78]; andere ordnen den gerichtlichen Verkauf an, wenn nichts anderes ausgemacht ist [79].

Diese Bestimmungen sind in der neuen Prozeßordnung modificirt

---

R.P.O. 1577. XX. 5. „Und dieweil man in Erfahrung kompt, daß die Juden mit den Christen sonder Geding machen da die eingesatzte Pfand in benannter Zeit nicht gelöst werden daß alsdann dieselbige ihnen verfallen sein sollen; wann aber dasselbige den Rechten zuwider ....." Bayr. L.R. II. 6. 18. „Das sogenannte pactum commissorium, kraft dessen dem Creditor das Pfand auf den Fall, wenn solches zur bestimmten Zeit nicht gelöset wird, heimfällig sein soll, ist von keiner Gültigkeit, und weil dieses auch öfters in fraudem legis solchergestalt verdeckt wird, daß es dem äußerlichen Scheine nach mehr für einen Wiederkaufs- oder anderen dergleichen Contrakt aufgenommen werden könnte, so soll man doch auf solche simulirten Pacta, zumal bei anscheinendem Wucher, ebensowenig als auf obbenanntes Pactum sprechen, und den Handel im Zweifel allzeit mehr für eine Verpfändung als einen Wiederkauf ansehen." Pr. L.R. I. 20. 33: Ein Vertrag, daß bei ausbleibender Zahlung die verpfändete Sache dem Gläubiger für die Schuld oder für einen im voraus bestimmten Werth zufallen soll, ist in Ansehung beider Theile ohne Wirkung. Vgl. Förster, P. P.R. § 190, 25 und § 194, 32. Ebenso verbieten diesen Vertrag Bayreuth P.O. XXXVI. 2 Arnold II. 225; Hohenlohe L.R. III. 15. 13 Arnold II. 480; Fulda, Concursordnung 1758 Weber III. 1003. Gemeinrechtlich wird angenommen, daß die Vereinbarung der Ueberlassung um einen im voraus bestimmten Preis zuläßig sei Dernburg, Pf.R. II. 282, Vangerow § 383 Anm. 2, Goldschmidt, H.R. § 89, 8, Erk. Dresden 7/3 49 Sf. III. 12. Nach dem Wortlaut des Gesetzes muß eine derartige Vereinbarung nach Bayrischem und Preußischem Landrecht für unzuläßig erklärt werden.

[76] Nur bei Hypotheken wird die Nothwendigkeit des gerichtlichen Verkaufs für Immobilien als durch ein allgemeines Gewohnheitsrecht bestimmt angenommen. Dernburg, Pf.R. II. 258, Goldschmidt, H.R. § 89, 43, Arndts § 275 Anm. 3. Allgemein nimmt den öffentlichen Verkauf von Immobilien als nothwendig an Sintenis, Civilrecht § 77, 37.

[77] Dernburg, Pf.R. II. 269; Seuffert, Pandekten, § 204, 3; Goldschmidt, H.R. § 89, 42; Vangerow § 379 Anm. 5. Allgemein halten nach jetzigem gemeinem Recht den gerichtlichen Verkauf für nothwendig Glück, Comment. XIX. 408 und Keller, Pandekten § 199.

[78] Castell V. 1804 § 6 Arnold II. 290; Hohenlohe III. 15. 11 Arnold II. 480; Öttingen V. 1785 Art. 6 Arnold II. 522; Schwarzenberg V. 1764 Arnold II. 734; Regensburg V. 28/5 1736 Nr. 7 Sammlung 608; Fulda V. 1758 Weber III. 1003.

[79] Bayr. L.R. II. 6. 12. Nr. 3. Pr. L.R. I. 20. 29—31. Förster, P. P.R. § 194, 68.

aber nicht einheitlich gestaltet [80]. Das Rechtsverhältniß ist jetzt demnach folgendes:

a. Die durch Gesetz Verordnung oder Statut den öffentlichen Pfand- oder Creditanstalten in Betreff der Veräußerung von Pfändern eingeräumten besonderen Rechte sind unverändert erhalten [81].

b. In dem Gebiet des gemeinen Rechts sowie des Bayrischen Landrechts können die Modalitäten der Veräußerung vertragsmäßig bestimmt werden [82]. Das gleiche gilt für das kaufmännische Faustpfand [83].

c. Nach Bayrischem Landrecht wenn nichts vertragsmäßig bestimmt ist, sowie nach denjenigen Statuten, welche gerichtliche Veräußerung vorschreiben [85], ist das für die Veräußerung im Zwangsvollstreckungsverfahren vorgeschriebene Verfahren einzuhalten [86]. Da dieß jedoch ein Befriedigungsgebot voraussetzt, so findet dieses Verfahren nur statt, wenn die Forderung durch eine vollziehbare Urkunde oder richterliches Erkenntniß außer Zweifel gestellt ist, und es ist, wenn ein solches nicht vorliegt, der Gläubiger verbunden Klage zu stellen.

d. Nach Preußischem Landrecht erfolgt die Pfandveräußerung nur

---

[80] Einf.G. Art. 11 behält außer den Fällen der Pr.O. Art. 881 den weiteren Fortbestand der civilrechtlichen Bestimmungen insoferne vor, als es in den Fällen, in welchen zur Veräußerung von Faustpfändern nach den betreffenden Civilgesetzen ein gerichtlicher Ausspruch oder eine gerichtliche Ermächtigung erforderlich ist, Klagestellung vorschreibt. Schon daraus ergiebt sich, daß in der neuen Prozeßgesetzgebung die civilrechtlichen Bestimmnungen über das Rechtsverhältniß der Faustverpfändung als fortbestehend vorausgesetzt sind. In der That fehlt es an jeder allgemeinen Bestimmung, daß die Veräußerung von Faustpfändern in denjenigen Rechtsgebieten, in welchen bisher der gerichtliche Verkauf nicht allgemein vorgeschrieben war, fortan nur gerichtlich vollzogen werden könne, und ebensowenig ist dadurch da, wo sie bisher zuläßig war, die Befugniß vertragsmäßiger Regelung alterirt. Erst der Entwurf III. 428 schreibt allgemein vor, daß die Veräußerung des Faustpfands den für die Veräußerung gepfändeter Fahrnisse geltenden Bestimmungen unterworfen sei, wie dieß die neueren Pfandgesetze allgemein anordnen, Pr. L.R. I. 20. 28, Württembergisches Pf.G. § 254 und 255, Darmstädtisches Pf.G. Art. 188. Das Sächsische B.G.B. § 480 schreibt nur öffentliche Versteigerung vor.

[81] Proz.O. Art. 880.

[82] Vgl. oben Note 69 und 70.

[83] H.G.B. Art. 311. Goldschmidt, H.R. § 90, 41 f. Proz.O. Art. 881.

[85] Vgl. oben Note 72 und 74.

[86] Proz.O. Art. 909.

nach vorheriger Klagestellung [87], was auch in der neuen Prozeßgesetzgebung anerkannt ist [88]. Die Exekution erfolgt hier auf dem durch die Prozeßordnung vorgeschriebenen Weg, wobei jedoch die nach Preußischem Landrecht zuläßige Vereinbarung des außergerichtlichen Verkaufs [89] nicht ausgeschlossen ist.

III. Beendigung des Pfandrechts. Das Pfandrecht wird beendigt:

1. Durch Untergang des Pfandgegenstandes, welchem völlige Umgestaltung gleichsteht [90], und den Verkauf der Pfandsache zur Befriedigung der Forderung [91].

2. Durch Erlöschen der Forderung für welche das Pfandrecht bestellt ist [92].

3. Durch Ablauf der Zeit für die es bestellt ist [93], durch Erlaß von Seite des Gläubigers [94], durch Consolidation, nämlich die Vereinigung des Eigenthums an der Pfandsache und des Pfandrechts in derselben Person [95] und durch Verjährung [96].

---

[87] Vgl. oben Note 73. Das Vorhandensein einer vollziehbaren Urkunde macht auch hier die Klagestellung überflüßig.

[88] Einf.Ges. Art. 11.

[89] Vgl. oben Note 78.

[90] l. 8. pr. D. 20. 6. l. 18. § 3 D. 13. 7. Windscheid § 248, 7 f. Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 5. Förster, P. P.R. § 195, 3 f.

[91] Windscheid § 249, 9. Bayr. L.R. II. 6. 17. Nr. 6. Förster, P. P.R. § 195, 2.

[92] Windscheid § 249 Nr. 1. Bayr. L.R. II. 6. 17. Nr. 1. Pr. L.R. I. 20. 55. Förster, P. P.R. § 195, 7.

[93] l. 6. pr. D. 20. 6. Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 3. Pr. L.R. I. 20. 56 f. Förster, P. P.R. § 195, 22 f.

[94] Windscheid § 248 Nr. 1. Bayr. L.R. II. 6. 17 Nr. 2. Pr. L.R. I. 20. 47. Förster, P. P.R. § 195, 9.

[95] Windscheid § 248 Nr. 4. Förster, P. P.R. § 195, 9.

[96] Windscheid § 248 Nr. 3. Bayr. L.R. II. 6. 17. Nr. 8. Pr. L.R. I. 20. 243 f. Förster, Pr. P.R. § 195, 16.

Caput 6.

Dingliche Nutzungsrechte.

§ 198.

Allgemeine Lehren.

Schon das römische Recht hatte in der Emphyteusis und Superficies Institute ausgebildet, bei welchen die Beziehung der Nutzungen einer Sache in ihrem ganzen Umfang als dingliches Recht einem Dritten dauernd überlassen war; dieß war im deutschen Recht in den Instituten des Lehens und der bäuerlichen Leihe zu erweiterter Anwendung gekommen. Die Auffassung dieser Nutzungsrechte als ausgeschiedene Bestandtheile des Eigenthums und die damit gegebene Unterscheidung des Ober- und Untereigenthums [1] ist auch in den dem bayrischen Rechtsgebiet angehörenden Statuten recipirt, und in Folge davon in den allgemeinen Gesetzen zum Ausdruck gelangt, demnach für das bayrische Recht überhaupt anerkannt [2]; jedoch findet sich dafür eine von der gewöhnlichen abweichende Auffassung. Während nämlich da, wo die Ausscheidung überhaupt Anerkennung gefunden hat, die Berechtigten als neben einander stehende selbstständige Eigenthümer der ausgeschiedenen Eigenthumsbestandtheile angesehen werden, wird das Rechtsverhältniß nach Bayrischem [3] und Preußischem Landrecht [4] unter

[1] Vgl. oben § 119, 2.

[2] Vgl. oben § 119, 5—7.

[3] Bayr. L.R. II. 2. 2: directum et utile wird genannt, wann die Sach' mehr Herrn hat... Kreittmayr, Anm. f. zu L.R. II. 2. 2: Zudeme participirt Usufructuarius von der Proprietät gar nichts, wohingegen dominus utilis soweit Antheil daran nimmt, daß wenn sich solche zwischen ihm und dem domino directo theilen ließe, diesen beiläufig dreimal soviel als jenen hieran betreffen würde. Anm. 1 b zu V. 18. 21: Die Possession kann man derselben (der Lehensherrschaft) so wenig als das Eigenthum absprechen, denn wenn gleich jene mit dem Inhaben des Vasallen nicht recht compatibel zu sein scheint, eo quod duo in solidum possidere non possint, so versteht sich doch solches nur von demselben Objecto aut genere possessionis nicht aber de diverso, anerwogen der Vasall nur in possessione dominii utilis ist, wohingegen der Lehenherr das dominium directum und zwar mediante Vasallo wo nicht naturaliter doch wenigst civiliter possidirt. Anm. 2 e zu V. 18. 21: „Eines Mit- oder Cumulativgenusses hat sich der Lehenherr in feudo nicht zu erfreuen, sondern

den Gesichtspunkt des Miteigenthums gestellt, indem die Proprietät als im Miteigenthum des Ober- und Untereigenthümers stehend gedacht wird, während das Nutzungsrecht als dem Untereigenthümer ausschließlich zustehend erklärt ist. Diese Auffassung ist durch die neuere Gesetzgebung für das Bayrische Recht allgemein als maaßgebend anerkannt [5].

Das getheilte Eigenthum erstreckte sich nach früherem Recht namentlich auf die bäuerliche Leihe, welche theils als erbliche theils als nichterbliche Leihe sich ausgebildet hatte. Die erbliche Leihe fand sich theils in der Form des Erbzinsgutes [6], theils als Bauernlehen [7]; nichterbliche Leihen finden sich nur in Bayern [8], Salzburg [9], Fürsten-

---

er wird a Vasallo völlig davon ausgeschlossen." Vgl. auch Anm. 2 e zu L.R. II. 5. 2 oben § 130, 51 und L.R. IV. 18. 16 Nr. 5 oben § 130, 45. Es erhellt daraus, daß dem Bayrischen Landrecht dieselbe Auffassung zu Grund liegt, die in dem Preußischen Landrecht zu bestimmtem Ausdruck gelangt und in dem neueren Bayrischen Recht generalisirt ist.

[4] Pr. L.R. I. 8. 19. 20: Wer nur die Proprietät der Sache ohne das Nutzungsrecht hat wird Eigner genannt. Wer Miteigner der Proprietät ist, und zugleich das Nutzungsrecht hat, dem wird ein nutzbares Eigenthum der Sache beigelegt. Vgl. Förster, P. P.R. § 183, 9, und oben § 119, 6.

[5] Fid.Ed. § 44 bezeichnet wie schon Bayr. L.R. III. 10. 13. Nr. 1 und Pr. L.R. II. 4. 72 das Recht des Fideicommißinhabers als Nutzungseigenthum und § 43 und § 84 das Recht der Anwärter als Miteigenthum; vgl. Lewis, Familienfideicommisse 184, 22 und 25 und unten § 223 und § 227. Es ist damit nur der Grundsatz ausgesprochen, der nach Bayrischem und Preußischem Landrecht bei dem getheilten Eigenthum allgemein anerkannt ist.

[6] Dieß war die in den Bayrischen Statuten fast durchgängig ausgebildete Form so Bayr. L.R. IV. 7; F. Salzburg Weber V. 115; Vorderösterreich Weber IV. 1225; Bayreuth Arnold II. 231; Eichstädt Arnold II. 343; Deutschorden Arnold II. 683 und 709; Ansbach Arnold II. 40; Hohenlohe Arnold II. 459; Schwarzenberg Arnold II. 843; Nürnberg Reform. XXIII. und Weber II. 785; Dinkelsbühl Arnold II. 314 und 319; Rothenburg Arnold II. 587; Mainz L.R. XXVIII. und Weber III. 825; Fulda Weber III. 986; Erbach Weber V. 359; Würzburg Weber III. 340; Castell Arnold II. 278.

[7] So namentlich in Salzburg Weber V. 117; F. Kempten Weber IV. 110; Bamberg Weber I. 794; Bayreuth Weber I. 1012. Vgl. Bayr. L.R. IV. 18. 1. Nr. 4 und unten § 200, 3; Pözl, Comment. zum Ablösungsgesetz 4/6 48 S. 209.

[8] Hier finden sich das Leibrecht Bayr. L.R. IV. 7. 29, die Neustift Bayr. L.R. IV. 7. 30 und die veranleitete Freistift Bayr. L.R. IV. 7. 31.

[9] Hier finden sich das Leibgeding Weber V. 115 und die Neustift Weber V. 116.

thum Kempten [10], Würzburg [11] und Fulda [12]. Nachdem durch Ablösungsgesetz 4/6 1848 das Obereigenthum bei nichterblichen Leihen unentgeltlich aufgehoben und für das Obereigenthum bei erblichen Leihen die Ablösung verfügt [13] auch die Neuconstituirung von bäuerlichen Leihen mit getheiltem Eigenthum gesetzlich untersagt ist [14], beschränken sich die dinglichen Nutzungsrechte, deren Neuconstituirung nach unserem gegenwärtigen Recht als zuläßig erscheint auf Lehen [15], Familienfideicommisse [16] und das Platzrecht [17]. Nach den für die Familienfideicommisse in Bayern recipirten Grundsätzen wäre der Gesichtspunkt des dinglichen Nutzungsrechts auch für die nach Analogie derselben durch die neuere Gesetzgebung ausgebildeten bäuerlichen Erbgüter anwendbar, was jedoch der in dem Gesetz selbst gewählten Auffassung nicht entspricht [18].

---

[10] Die Bezeichnungen sind hier: Bodenzinsfelder, Ehrenschatzgüter, dritte Pfenniggüter, leibfällige Güter Weber IV. 110.

[11] Vgl. Bl. XIII. 273.

[12] Ueber die fuldischen Laßgüter vgl. Thomas I. § 145.

[13] Ueber die Ablösung des Obereigenthums bei den bäuerlichen Leihen vgl. die Ausführung von Pözl, Comment. zum Abl.G. 208 f. und Vf.R. § 65.

[14] Abl.Ges. 4/6 48 Art. 17: „Vom Erscheinen dieses Gesetzes an darf keine Verleihung unter Vorbehalt des Obereigenthums (Leibrecht, Neustift, Freistift, Erbrecht) mehr stattfinden.“ Zweifellos ist dadurch auch die Constituirung von Nutzungsrechten nach den Bestimmungen des gemeinen Rechts ausgeschlossen, so daß in Bayern die Bestellung von Emphyteusen nicht mehr zuläßig ist.

[15] Vgl. unten § 201.

[16] Vgl. unten § 219—222.

[17] Vgl. unten § 238. Das in Abl.Ges. 4/6 48 Art. 17 oben Note 14 ausgesprochene Verbot der Verleihung unter Vorbehalt des Obereigenthums beschränkt sich auf die Constituirung von Bauernleihen, und kann nicht als das Platzrecht berührend angesehen werden.

[18] Bei bäuerlichen Erbgütern wird der Inhaber nicht als Nutzeigenthümer sondern als Eigenthümer angesehen vgl. unten § 237. Demnach müßte dieses Institut in dem System einen anderen Platz erhalten und von den dinglichen Nutzungsrechten ausgeschieden werden. Da es indessen für das Rechtsleben ohne alle Bedeutung ist, so glaubte ich die dafür bestimmte gedrängte Darstellung gleich hier geben zu können, um so mehr, als die in dem Gesetz selbst gewählte Stellung mir nicht gerechtfertigt scheint.

Titel 1.

Lehenrecht [1].

§ 199.

Einleitung.

Das Lehenrecht war früher ein Theil des öffentlichen Rechts, da die damit verbundene Dienstpflicht ein Surrogat der militärischen Institutionen bildete. Ebenso war aber die darin verkörperte Uebertragung eines Rechts Veranlassung zur Entwicklung besonderer Formen der Uebertragung von Amtsbefugnissen, so daß zunächst die Unterordnung der Reichsstände unter die Centralgewalt später aber auch die Unterordnung unter die öffentliche Gewalt innerhalb der einzelnen Territorien vielfältig in lehenrechtliche Formen sich kleidete. Mit der Umgestaltung der Kriegsverfassung und der Entwicklung der landständischen Verfassung in den Territorien war dieser Einfluß des Lehenrechts auf das öffentliche Recht der einzelnen Territorien beseitigt, und mit der Auflösung des deutschen Reichs auch der bisher formell erhaltene Lehensnexus der deutschen Reichsstände gesetzlich aufgehoben, so daß das Lehenwesen seitdem nur noch in seinen privatrechtlichen Beziehungen als eine Art der Constituirung eines dinglichen Nutzungsrechts in Betracht kam.

In dem das jetzige Königreich Bayern bildenden Gebiet hatte sich nur in dem Kurfürstenthum Bayern [2], den Markgrafthümern Ansbach und Bayreuth [3] und den Bisthümern Bamberg [4], Würz-

---

[1] Vgl. Weber, Handbuch des in Deutschland üblichen Lehenrechts Leipzig 1807 4 Bde; Mayr, Ph., Handbuch des gemeinen und Bayrischen Lehenrechts Landshut 1831; Beseler, P.R. § 99—114; Lünig, Corpus juris feudalis Frankfurt 1727 3 Vol.; Jenichen, Thesaurus juris feudalis Frankfurt 1750 3 Vol.; Moser, von der deutschen Lehensverfassung Frankfurt 1774.

[2] Vgl. Bayr. L.R. IV. 18 und Kreittmayr Anm. V. cap. 18; Moshamm, Grundsätze des Lehenrechts mit steter Hinsicht auf das bayrische Lehenedikt von 1808 Landshut 1814; Mayr, Handbuch 1831; Lünig I. 571. II. 522; Moser 650; Krenner über gemischte und folgende Weibsritterlehen nach den Gewohnheiten der churfürstlichen Lehenhöfe in Bayern Rastatt 1798.

[3] Vgl. Lünig I. 1203; Jenichen III. 770; Moser 666; Pr. L.R. I. 18. 13—679; Lehenspatent 30/1 1797 Weber II. 133; Wipprecht, Canzleilehenrecht für Bayreuth Erlangen 1803; Weber Provinzialrechte I. 1009 f.

burg [5] und Fulda [6] durch Gesetzgebung und Uebung partikuläres Lehenrecht gebildet, während in den übrigen Territorien in der Hauptsache die gemeinrechtlichen Grundsätze Anwendung fanden [7].

Mit der Constituirung des Rechtsgebietes in seinem gegenwärtigen Umfang verband sich wie in anderen Ländern eine vollständige Umgestaltung des Lehenwesens, da mit der Auflösung des deutschen Reichs die bisher von dem Kaiser in den einzelnen Territorien geübte Lehensherrlichkeit über die Reichslehen [8] und die Lehensherrlichkeit auswärtiger Reichsstände über bayrische Unterthanen [9] auf den König übertragen

---

[4] Vgl. J. Veracius libellus consuetudinum Bambergensium 1681; Lünig I. 1506; Jenichen III. 481; Weber, Provinzialrechte I. 794.

[5] Ueber das Lehenrecht des Bisthums Würzburg vgl. Lünig I. 423 und 1558. III. 151; Jenichen III. 946; Moser 663; Schöpff, de feudis Franconicis Giess. 1735; Stein, de aliquot feudorum Herbipolensium singularibus 1736; Recht und Herkommen des Würzburger Lehenhofs 1805. Ueber das von den Würzburger Vasallen prätendirte Recht der Schildvettersuccession vgl. Rechtsbegründete Vertheidigung der althergebrachten fränkischen Lehensgewohnheit 1733; Schneidt, dissertatio circa successionem gentilitiam 1790 und vindiciae dissertationis 1794; Ölrichs meditationes Wetzlar 1790; Wilhelm, de non ente consuetudinis 1795; Kurze Betrachtung über die Lehenserbfolge der Seitenverwandten Erlangen 1792; Ludolf, Consultatio in Klock Consilia IV.; Klüber, Juristische Bibliothek I. 250 und VI. 141; Seifert, Magazin Wetzlar 1785 Tom. 4; Cramer, Wetzl. N. St. 91, 122. Ueber das Institut der Schildvettersuccession vgl. mein Mecklenburgisches Lehenrecht § 58 und die dort Note 36 angeführte Literatur.

[6] Vgl. Lünig I. 459 und 1811; Moser 660 und die dort angeführte Literatur.

[7] Ueber das Lehenwesen in den anderen zu Bayern gehörenden Rechtsgebieten sind folgende Angaben zu vergleichen: Bisthum Salzburg Lünig I. 1502; Freising Lünig I. 438 und 1678, III. 195; Passau Lünig I. 439 und 1710; Bisthum Regensburg Lünig I. 1699; Berchtesgaden Lünig I. 914; 1871; Bisthum Augsburg Lünig I. 1627, Moser 659; F. Kempten Lünig I. 1922; Öttingen Lünig I. 914, 1871, Jenichen II. I; Eichstädt Lünig I. 1611, Jenichen III. 10; Hohenlohe Lünig I. 994, Moser 691; Mainz Lünig I. 1390, Moser 646; Castell Jenichen III. 884, Moser 691.

[8] V. 31/12 1806 B. VII. Nr. 2. R.Bl. 1807. „Wenn sie Reichslehen besitzen, so treten Wir als oberster Lehenherr an die Stelle des vormaligen deutschen Kaisers und Reichs, indem alle Souveränetäts- und Oberlehenherrlichkeitsrechte, die nach der ehemaligen Reichsverfassung Kaiser und Reich ausgeübt haben, an Uns übergegangen sind." L.E. 1808 § 1 und 7.

[9] V. 31/12 1806 B. VII. Nr. 3: Da Feuda extra curtem mit einer vollkommenen Souverainetät nicht wohl vereinbarlich sind, so sind nach dem

wurde, und die dem König als deutschem Reichsfürsten von dem Reich oder einem anderen Reichsfürsten verliehenen Lehen sich in freies Eigenthum verwandelten [10]. Zugleich wurde die Lehensherrlichkeit als ein Souverainetätsrecht des Königs erklärt und daher die Aufhebung aller Privatlehen angeordnet [11], wovon nur für die Aktivlehen der Standesherrn eine Ausnahme gemacht wurde [12]. Durch das Lehenedikt 7/7 1808 [13] und das Gesetz über die Revision des Lehenedikts 15/8 1828 [14] wurde darauf das Lehenwesen für ganz Bayern einheitlich geregelt. Endlich wurde durch Gesetz 4/6 1848 [15] die Zuläßigkeit der Ablösung des Lehenverbandes allgemein ausgesprochen.

Geiste des Preßburger Friedens und der Föderationsakte alle lehenherrliche Rechte, welche ein Conföderirter über die Unterthanen des anderen bisher auszuüben hatte, als wechselseitig überwiesen anzusehen. Hiernach sollen alle Lehengüter der adelichen Gutsbesitzer, welche in Unseren Staaten gelegen sind, und die bisher einen auswärtigen Lehenherrn hatten, bei Unserm einschlägigen Lehenhofe eingetragen werden, und von Uns künftig zu Lehen gehen. Die Anstände, welche mit den betheiligten auswärtigen Lehenherren sich ergeben können, und mit welchen Wir Uns darüber noch nicht verstanden haben, werden Wir durch eine gütliche Uebereinkunft zu heben suchen." Vgl. Haus, über die Lehensherrlichkeit eines Souverains des Rheinischen Bundes im Gebiete des andern Würzburg 1807. Hunger, über die Erlöschung der auswärtigen Lehen in den Staaten der Rheinischen Conföderation Landshut 1808. Günther, de mutata feudorum extra curtem ratione inter principes foederi Rhenano adscriptos Dresdae 1810.

[10] Rh.B.A. Art. 34; V. 17/4 1807 Rbl. 1346; Mayer, L.R. § 6, 4 und 6.

[11] Vgl. unten § 202, 4; Mayr, L.R. § 61.

[12] Vgl. unten § 202, 5; Mayr, L.R. § 3, 5.

[13] Abgedruckt R.Bl. 1893, Handbuch der Staatsverfassung I. 234 und Mayr, L.R. 392. Vgl. über dieses Gesetz Gönner, Archiv f. Gesetzgebung II. 158—174.

[14] G.Bl. 1828. 353.

[15] Vgl. Pözl, Comment. in Dollmann G.G. I. 1. 337, Vf.R. § 71 und Auslegung des L.A.G. Bl. XVI. 353 und *XVI. 65. Kumpf, Kritik und Anwendung des Gesetzes 4/6 1848 Ansbach 1849.

Abschnitt 1.

Von dem Lehenverhältniß im allgemeinen.

§ 200.

I. Begriff des Lehens.

Lehen (Feudum, beneficium) ist das Rechtsverhältniß, vermöge dessen durch Verleihung von Seite des Lehensherrn ein erbliches Nutzungsrecht an einer lehensfähigen Sache oder einem derartigen Recht unter Verpflichtung zur Lehenstreue und rittermäßigen Diensten constituirt wird [1]. Dadurch unterscheidet sich das Ritterlehen oder rechte Lehen (Feudum) von den lehenähnlichen Verleihungen (feudastra), welche wie gemeinrechtlich [2] so auch nach Bayrischem Recht [3] nach den Regeln der bäuerlichen Leihe behandelt wurden.

Die Lehenspersonen sind der Lehensherr und der Vasall, Lehenmann. Ihr Verhältniß ist theils persönlich theils dinglich. Das persönliche Verhältniß äußert sich in der Lehenstreue, zu welcher sich die Lehenspersonen gegenseitig verpflichtet sind, und welche auf Seite des Lehensherrn in dem dem Lehenmann zu gewährenden Schutz auf Seite des Vasallen in der Verbindlichkeit zur Leistung der Lehendienste zur Lehenserneuerung und Unterlassung aller Pflichtverletzungen (Felonie) besteht. Das dingliche Verhältniß äußert sich auf Seite des Lehensherrn in der Verpflichtung dem Lehenmann das nutzbare Eigenthum am Lehensobjekt einzuräumen, auf Seite des Lehenmannes in der Obliegenheit, dieses wirthschaftlich zu behandeln und jede ungesetzliche Veräußerung zu unterlassen. Die Gesammtheit der Rechte des Lehensherrn heißt Lehensherrlichkeit, die der Verpflichtungen des Vasallen die Lehenspflicht.

Die einzelnen bei dem Lehen in Betracht kommenden Rechtsverhältnisse werden Eigenschaften des Lehens genannt [4]. Wesentliche Eigen-

---

[1] II. F. § 1; Bayr. L.R. IV. 18. 1; Pr. L.R. I. 18. 13; Beseler, Pr.R. § 100, 1.

[2] Mayr, L.R. § 42, 12; Beseler, P.R. § 100, 4.

[3] Bayr. L.R. IV. 18. 1 Nr. 4. L.E. 1808 § 9 nennt Beutel — gemeine Bauern- und Zinslehen und regelt § 11—21 ihre Allodifikation.

[4] Vgl. Mayr, L.R. § 42—44.

schaften (Essentialia feudi) sind solche, ohne deren Vorhandensein das Lehensverhältniß überhaupt nicht entstehen kann. Diese sind: eine lehensfähige Sache, die Ueberlassung des dinglichen Nutzungsrechts daran durch den Lehensherrn an einen Lehenmann, und die Lehenstreue. Natürliche Eigenschaften sind die durch Gesetz oder Gewohnheit bestimmten Regeln nach denen das Lehensverhältniß sich richtet (communis feudorum ratio), wenn nicht durch entgegenstehende Gewohnheit oder vertragsmäßige Festsetzung eine Abänderung herbeigeführt ist. Solche natürliche Eigenschaften sind z. B. die Ausschließung der weiblichen Succession und die Erblichkeit des Lehens. Zufällige Eigenschaften (Accidentalia feudi) sind diejenigen, welche durch besondere Uebereinkunft unter den Lehenspersonen festgesetzt sind, indem an den natürlichen Eigenschaften des Lehens etwas geändert oder zugesetzt wird. Die zufälligen Eigenschaften können alle Verhältnisse umfassen, welche überhaupt vertragsmäßige Regelung durch die Lehenspersonen zulassen. Ein Lehen bei welchem eine derartige Abweichung vorliegt heißt uneigentliches Lehen (Feudum improprium), während dasjenige, bei dem eine derartige Abweichung nicht vorliegt, eigentliches Lehen (Feudum regulare) genannt wird. Abweichungen werden nicht vermuthet, vielmehr spricht die Präsumtion für die Regularität [5]. Irregularitäten können auch nach Bayrischem Lehenrecht vorkommen [6].

Die Entstehung des Lehens erfolgt durch Lehenserrichtung (Constitutio feudi, infeudatio). Diese ist die Verwandlung eines nicht im Lehensverband stehenden also allodialen Gutes in ein Lehen, und kann gemeinrechtlich durch Verleihung von Seite des Lehensherrn oder Verjährung erfolgen. Der Lehenserrichtung durch Verleihung kann ein nicht oneroser oder oneroser Titel zu Grund liegen. Darnach unterscheidet man die verliehenen und aufgetragenen Lehen (Feuda data und oblata), jenachdem die Verleihung primär von dem Lehensherrn ausgeht oder als Consequenz einer vorhergehenden Oblation erscheint [7], und die verliehenen Lehen in erkaufte und auf andere Weise erwor-

---

[5] Weber, H.B. II. 20; Beseler, P.R. § 101, 9; Pr. L.R. I. 18. 64.

[6] L.E. 1808 § 56 unten § 210, 9 und R.L.E. 1828 § 7 unten § 210, 10.

[7] Ueber Feuda oblata vgl. Weber, H.B. II. 68; Mayr, L.R. § 63, 8; Beseler, Pr.R. § 105, 6; Bayr. L.R. IV. 18. 8. Auch für das bayrische Recht ist diese Unterscheidung wichtig, weil nach L.A.G. Art. 3 die Lehen, die urkundlich als offerirte nachgewiesen werden, sich ohne Entgeld in volles Eigenthum verwandeln.

bene [8]. Der Lehenserrichtung entspricht die Lehenserwerbung von Seite des Lehenmannes. Diese ist ursprünglich (acquisitio feudi primitiva [9]), wenn für die Vasallenfamilie ein Recht erst geschaffen wird, oder übertragend (acquisitio feudi translativa) [10], wenn die Erwerbung auf Grund eines durch einen früheren Erwerber vermittelten Rechts erfolgt, und es gründet sich darauf die Unterscheidung in neue und alte Lehen [11], welche namentlich für die Lehenssuccession von Bedeutung ist.

§ 201.

II. Gegenstand des Lehens.

Ursprünglich konnte ein Lehen nur an unbeweglichen Sachen oder diesen gleich geachteten Rechten errichtet werden [1], später wurde dieß ausgedehnt, und als Gegenstand der Belehnung alles zugelassen, was die für das Verhältniß erforderliche Dauer hat und Nutzen irgend einer Art gewähren kann [2]. Durch die Gesetzgebung in Bayern ist dieß indeß wieder beschränkt, indem die Errichtung von Lehen nur an liegenden Gütern höheren Kronämtern und Renten für zuläßig erklärt ist [3].

I. Lehen an körperlichen Sachen. Als Lehen können

---

[8] Ueber erkaufte Lehen vgl. Mayr, L.R. § 63, 6; Bayr. L.R. IV. 18. 8. Auch diese Unterscheidung ist für das Bayrische Recht von Bedeutung, da nach L.A.G. Art. 3 die von dem Lehenherrn erkauften Lehen (feuda emtitia) sich ohne Entgelt in volles Eigenthum verwandeln.

[9] Mayr, L.R. § 45.

[10] Mayr, L.R. § 45, 2.

[11] Vgl. über diese Unterscheidung Bayr. L.R. IV. 18. 5; Weber H.B. III. 352 f.; Mayr, L.R. § 79 und 80.

[1] II. F. 1. § 1. Sciendum est autem feudum sive beneficium non nisi in rebus soli vel solo cohaerentibus aut in illis quae inter immobilia connumerantur . . . constitui posse.

[2] Bayr. L.R. IV. 18. 13 Nr. 1: Mag alles was nur dauerhaft ist und durch den Gebrauch nicht verzehrt wird zu Lehen gegeben werden. Pr. L.R. I. 18 § 25: Jede Sache bei welcher das Ober- von dem Nutzeigenthum getrennt und jedes von verschiedenen Personen besessen werden kann kann auch zu Lehen gegeben und aufgetragen werden.

[3] L.E. 1808. § 36: Nichts kann zu Lehen gegeben werden als die höheren Kronämter und liegende Güter. V.U. III. 5: Zur Belohnung großer und bestimmter dem Staate geleisteter Dienste können auch andere Staatsdomainen oder Renten, jedoch mit Zustimmung der Stände, in der Eigenschaft als Mannlehen der Krone verliehen werden.

liegende Güter aller Art verliehen werden. Zwar bestimmte das Lehenedikt, daß thronlehnbare Güter nur in größeren Herrschaften, mit deren Besitz die fürstliche oder gräfliche Würde verbunden sei, Canzleilehen nur in Landgütern die mit eignen Gerichten versehen seien, bestehen sollen [4], schrieb die Allodisikation aller mit keinem eignen Gericht versehenen Ritterlehen vor [5], und stellte demnach als Regel auf, daß nur Rittergüter Gegenstand des Lehenverhältnisses sein könnten; allein abgesehen davon, daß die letztere Bestimmung durch ein späteres Gesetz wieder beseitigt wurde [6], ist diese Beschränkung, die jetzt nach der Aufhebung der Patrimonialgerichtsbarkeit [7] ohnehin nicht mehr anwendbar wäre, nach dem Wortlaut des Gesetzes nur für die zur Zeit der Erlassung des Gesetzes bestehenden Lehen nicht aber für solche Lehen vorgeschrieben deren Errichtung nach der Publikation des Lehenedikts fällt [8]. Die Errichtung eines Lehens kann demnach an allen unbeweglichen Sachen geschehen über welche der Verleiher verfügen kann. Da nach Bayrischem Recht nur der König Lehen neu errichten kann [9], so kommen auch nur die der Verleihung durch den König gezogenen Schranken in Betracht. Nach Bayrischem Staatsrecht verfügt der König unbeschränkt über das aus Privattiteln erworbene Vermögen (Schatullgüter) [10], und kann demnach durch eigene Entschließung die Bestandtheile desselben zur Lehenserrichtung verwenden. Dagegen ist die Veräußerung von Bestandtheilen des Staatsgutes regelmäßig nicht zuläßig [11], und es ist nur für die Verleihung von Staatsdomainen als Lehen eine Ausnahme gemacht, welche jedoch nur mit Zustimmung der Stände erfolgen darf [12]. Zu diesen gehören auch die unbeweglichen Bestandtheile der Privatverlassenschaft des Königs, über welche dieser nicht letztwillig verfügt hat [13].

[4] L.E. 1808 § 5 und 6.

[5] L.E. 1808 § 10.

[6] Durch R.L.E. 1828 Art. 4 wurde die gezwungene Lehenallodifikation also auch die im Lehenedikt § 10 vorgeschriebene wieder aufgehoben.

[7] Ablösungsgesetz 28/3 52 Art. 1.

[8] Das L.E. 1808 § 36 nennt ganz allgemein „liegende Güter."

[9] Vgl. unten § 202, 3.

[10] Vgl. oben § 29, 4.

[11] V.U. III. 3. „Sämmtliche Bestandtheile des Staatsguts sind, wie bereits in der Pragmatik vom 20. Oktober 1804 bestimmt war, aus welcher die nach den veränderten Verhältnissen hierüber noch geltenden Bestimmungen in gegenwärtige Verfassungsurkunde übergetragen sind, auf ewig unveräußerlich."

[12] V.U. III. 5 oben Note 3.

[13] V.U. III. 1. Pözl, Vf.R. § 60, 12.

Gemeinrechtlich erstrecken sich die Veräußerungsverbote nicht auf solche Gegenstände, welche einmal gültig durch Lehenerrichtung veräußert worden sind (res infeudari solitae) [14], was das Bayrische Recht für die Wiederverleihung heimgefallener Lehen ausdrücklich anerkennt [15]. Bei Lehen an unbeweglichen Sachen kommt die Unterscheidung von Hauptsache und Pertinenz [16] in Betracht, deren Bestimmung sich nach den Regeln des Civilrechts richtet [17]. Wie andere Immobilien können auch Lehengüter unbewegliche und bewegliche Pertinenzen haben. Die Lehenspertinenzen theilen nicht immer die Qualität der Hauptsache sind also nicht immer lehnbare Pertinentien (pertinentiae feudalis), sondern sie können auch allodiale Qualität haben (Lehenspertinentien, pertinentiae feudi). Als lehnbare Pertinentien erscheinen diejenigen, die entweder schon vor der Belehnung mit dem Hauptgut verbunden oder in der Folge von dem Lehenherrn selbst verliehen oder die ihm als Lehen aufgetragen sind [18]. Soweit diese Gesichtspunkte nicht maaßgebend sind, spricht die Vermuthung für die Allodialität [19], außer wo ein ganzer Körper zu Lehen verliehen oder bei der Belehnung der Ausdruck „mit Zubehör" gebraucht ist, in welchem Fall nach Bayrischem Recht die Vermuthung für das Lehen spricht und die Allodialeigenschaft der einzelnen Stücke bewiesen werden muß [20].

---

[14] Die Bestimmung I. Feud. 6. pr. II. Feud. 35 und c. 2. X. de feudis 3. 20, auf welchen dieses Rechtsverhältniß beruht, bezieht sich zwar nur auf Verleihungen von Kirchengut, allein mit Recht hat man die Ausdehnung auf andere Verleihungen namentlich auf Staatslehen angenommen s. Böhmer princ. § 56, 60, Eichhorn, Pr.R. § 199, Mayr, L.R. § 83, 3. A. M. Pätz, L.R. § 58.

[15] V.U. III. 5. „Auch steht dem König die Wiederverleihung heimfallender Lehen jederzeit frei." Gemeinrechtlich wird angenommen, daß die Reinfeudation ausgeschlossen sei, wenn das Lehen ausdrücklich oder stillschweigend den Domainen einverleibt worden sei, welches letztere aus der innerhalb der Verjährungszeit dauernden Benützung als Domanialgut geschlossen wird Weber H.B. II. 89. Dem Bayrischen Staatsrecht entspricht diese Beschränkung nicht, da hier die Wiederverleihung als „jederzeit" freistehend erklärt ist.

[16] Ueber die Pertinenzen im Lehenrecht vgl. Weber, H.B. II. 99 f., Mayr, L.R. § 142.

[17] Vgl. darüber oben § 115, 27 f.

[18] Mayr, L.R. § 142, 2—5. Ueber das Verhältniß der offerirten lehenbaren Pertinenzen hinsichtlich der Verwandlung in Eigenthum vgl. unten § 216, 19.

[19] Mayr, L.R. § 142, 1. Lehenedikt 1808. § 175: „Im Zweifel ist im allgemeinen die Vermuthung für das Allode."

[20] L.E. 1808 § 176.

II. Lehen an unkörperlichen Sachen. Das Bayrische Lehenrecht kennt nur zwei Arten von unkörperlichen Sachen, welche Gegenstand der Lehenserrichtung sein können [21], nämlich:

1. Die thronlehnbaren Würden [22], das Kronoberſthofmeisteramt, das Kronoberſtkämmereramt, das Kronoberſtmarſchallamt und das Kronoberpoſtmeisteramt, welche entweder auf Lebenszeit oder erblich verliehen werden [23].

2. Rentenlehen [24]. Nach der Bestimmung der Bayrischen Verfassung kann ein Lehen auch in Renten constituirt werden [25], wobei, wenn diese aus Staatsmitteln neu errichtet werden, Einwilligung der Stände erforderlich ist.

§ 202.

III. Von den Lehenspersonen.

Das Lehensverhältniß beruht auf dem Lehensverband, den gegenseitigen Beziehungen der Lehenspersonen, nämlich des Lehensherrn und des Lehenmannes. Voraussetzung ist die Lehensfähigkeit, nämlich die Fähigkeit als Lehensherr ein Lehen zu verleihen und die lehenherrliche Gewalt auszuüben (aktive Lehensfähigkeit) und die Fähigkeit als Lehenmann ein Lehen zu erwerben und innezuhaben (passive Lehensfähigkeit).

I. Aktive Lehensfähigkeit. Nach gemeinem Recht stand ursprünglich die aktive Lehensfähigkeit nur solchen Personen zu, welche sich Kriegsdienste versprechen lassen konnten [1], später wurde sie ausgedehnt, und es galt der Grundsatz, daß jeder sein Eigenthum als Lehen

---

[21] Gemeinrechtlich können auch andere Rechte Gegenstand der Lehenserrichtung sein, und es finden sich daher in den Quellen zahlreiche Lehen an Rechten erwähnt; vgl. Mayr, L.R. § 48—51; Beseler, P.R. § 104. Durch L.E. 1808 § 36 wurden die Kronämter als die einzigen unkörperlichen Sachen erklärt, welchen die Lehenbarkeit zukomme, und erst durch V.U. III. 5 wurde das Rentenlehen wieder eingeführt.

[22] Diese sind eingeführt durch Constitution 1808 II. 10, Reglement die Kronämter des Reichs betreffend 28/7 1808 H.B. I. 207; vgl. V.U. II. 13; L.E. 1808 § 4 und 36.

[23] Reglement 28/7 1808 § 2; L.E. 1808 § 40; V.U. V. 1. Vgl. Pözl, Commentar zum L.A.G. 352 und Vf.R. § 86, 10.

[24] Vgl. über dieses Mayr, L.R. § 54; Beseler, P.R. § 104, 13 f.

[25] V.U. III. 5 oben Note 3.

[1] Beseler, P.R. § 102, 1.

verleihen könne [2]. Nach dem Lehenedikt steht jetzt in Bayern die aktive Lehenfähigkeit nur dem König zu, in der Art, daß nur er Lehen constituiren kann [3]. Ursprünglich war dieß auch auf die bereits constituirten Lehen ausgedehnt, und die Aufhebung aller Privatlehen angeordnet [4]; indessen ist durch das Gesetz eine Ausnahme zu Gunsten der standesherrlichen Familien dahin gemacht, daß ihnen ihre Aktivlehen belassen werden [5]. Dagegen schließt die gesetzliche Bestimmung jede Lehensherrlichkeit eines fremden Souveräns aus [6].

II. Passive Lehensfähigkeit. Gemeinrechtlich ist die Fähigkeit Lehen zu erwerben nicht nur von der Erwerbfähigkeit überhaupt sondern auch von der Fähigkeit bedingt die dem Lehensnexus entsprechenden Kriegsdienste zu leisten. Je nachdem sie durch Dispensation von Seite des Lehensherrn beseitigt werden konnten oder nicht, unterschied man relative und absolute Unfähigkeitsgründe [7], wobei überdieß die Dispensation von den ersteren nur für die Erwerbung neu constituirter Lehen nicht für die Succession in bestehende Lehen Geltung hatte [8]. Das Bayrische Lehenrecht hat dieß insoferne vollständig umgestaltet, als es die Lehenfähigkeit ganz allgemein bestimmt, und eine

---

[2] Mayr, L.R. § 57. Auf diesem Standpunkt stehen Bayr. L.R. IV. 18. 11 und Pr. L.R. I. 18. 39, welche der aktiven Lehensfähigkeit eine unbeschränkte Ausdehnung geben.

[3] L.E. 1808 § 34: Niemand kann im Umfang des Bayrischen Reiches Lehen verleihen als der König.

[4] L.E. 1808 § 22 und 24.

[5] V.U. Beil. IV. 57. „Die Aktivlehen werden ihnen ferner belassen." Es beruht dieß auf der Declaration 19/3 1807 M. 2, welche schon wörtlich dieselbe Bestimmung enthält. Indessen war durch V. 3/2 1809 H.B. IV. 269 die Auflösung der standesherrlichen Aktivlehen angeordnet, und erst durch die V.U. 1818 ist ihr Fortbestand anerkannt. Der Wortlaut ergiebt, daß dieß nur für die bestehenden Aktivlehen gilt, und den Standesherrn nicht die Fähigkeit zur Errichtung neuer Lehen gewährt ist. Ein Aufsatz in den Jahrbüchern für Bayr. Gesetzgebung (1838) I. 65 will aus R.L.E. 1828 Art. 4 und 5 ableiten, daß die in L.E. 1808 § 22 f. angeordnete Aufhebung der Privatlehen sistirt sei, und behauptet den Fortbestand der noch nicht allodificirten Privatlehen; allein die erwähnte Bestimmung bezieht sich nur auf die in L.E. 1808 § 10 aufgeführten königlichen Ritterlehen ohne Gerichtsbarkeit s. Pözl, Commentar zum L.A.G. 341; es giebt daher in Bayern keine Aktivlehen als die des Königs und der Standesherrn s. Pözl Vf.R. § 157, 2.

[6] Pözl Vf.R. § 157, 7.

[7] Mayr, L.R. § 59 und 60; Beseler, P.R. § 103.

[8] Beseler, P.R. § 102. II. 2.

Dispensation im einzelnen Fall nicht zuläßt. Nach dem Lehenedikt kann nämlich jeder bayrische Staatsbürger königliche Lehen empfangen [9]. Damit ist die Verleihung an juristische Personen [10] und Frauen [11] von selbst ausgeschlossen. Dagegen ist die Erwerbfähigkeit weder an eine bestimmte Confession [12] noch an einen bestimmten Stand [13] gebunden, und wird ebensowenig von bestimmten persönlichen Eigenschaften bedingt [14], und es wird dieß auch auf die Bestimmung der Successionsfähigkeit in die nach dem Lehenedikt von 1808 constituirten königlichen Lehen [15] nicht aber in die standesherrlichen Aktivlehen [16] angewendet.

III. Vertretung der Lehenspersonen. Die Vertretung der Lehenspersonen kann eine nothwendige oder freiwillige sein.

1. Die nothwendige Vertretung des Lehensherrn (prodominium) [17] tritt nach Bayrischem Recht nur in den Fällen ein, in welchen eine Reichsverwesung eingeleitet wird, in welchem Fall der Reichsverweser die lehenherrlichen Rechte mit Ausnahme der Verleihung neuer Lehen ausübt [18]. Mit der Vertretung des Lehensherrn bei Belehnung mit

---

[9] L.E. 1808 § 35. Schon Bayr. L.R. IV. 18. 12 und Pr. L.R. I. 18. 44 lassen die Lehenerwerbfähigkeit mit der allgemeinen Erwerbfähigkeit zusammenfallen.

[10] Vgl. über diese Mayr, L.R. § 60, 7; Beseler, P.R. § 102, 11.

[11] Vgl. über diese Mayr, L.R. § 60, 3; Beseler, P.R. § 102, 9.

[12] Zur Zeit der Erlassung des L.E. waren Juden allerdings nicht lehenfähig, weil sie damals das Staatsbürgerrecht nicht erwerben konnten. Die neuere Gesetzgebung hat diese Beschränkung beseitigt Pözl, Vf.R. § 88 Nr. 2.

[13] Gemeinrechtlich war ursprünglich die Ritterbürtigkeit Voraussetzuug der Lehensfähigkeit Mayr, L.R. § 60, 9 und Beseler, P.R. § 102, 15. Nach Bayrischem Recht ist Adel nicht Voraussetzung der Lehenfähigkeit Mayr, L.R. § 61, 7. A. M. der Aufsatz Jahrbücher I. 65, der sich indessen auf die unrichtige Annahme stützt, daß in Bayern zum Erwerb von Gütern mit gutsherrlicher Gerichtsbarkeit der Adel erforderlich gewesen sei, während doch nur die Ausübung derselben davon bedingt war, Pözl, Vf.R. § 73, 5. Ebensowenig kann nach Bayrischem Recht der geistliche Stand als Veranlassung der Lehensunfähigkeit erachtet werden.

[14] Gemeinrechtlich sind körperlich und geistig gebrechliche Personen lehenunfähig Beseler, P.R. § 102, 13, was sich nach Bayrischem Recht nicht annehmen läßt.

[15] Eine Ausnahme kann bei älteren Lehen vorkommen L.E. 1808 § 56.

[16] Auf diese erstrecken sich die Bestimmungen des Lehenedikts nicht.

[17] Vgl. über diese Mayr, L.R. § 136; Beseler, P.R. § 103. I.

[18] L.E. 1808 § 39: Während der Minderjährigkeit des Königs kann kein neues Lehen verliehen werden. Die Lehenserneuerungen nehmen jedoch ihren

Kanzleilehen ist der Minister des Auswärtigen beauftragt der sich durch einen Commissär vertreten lassen kann [19].

2. Die nothwendige Vertretung des Lehenmannes (provasallagium) [20] ist nach Bayrischem Lehenrecht nur für auswärtige Vasallen [21] dann bei Minderjährigkeit des Vasallen [22], und wenn über die Lehenfolge ein Rechtsstreit anhängig ist [23] gegeben. Das Bayrische Recht kennt keine eigne Lehensvormundschaft, sondern läßt bei Minderjährigkeit des Vasallen die gewöhnliche Vormundschaft nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts eintreten [24], wobei der Vormund, wenn er lehenfähig ist, Lehenträger wird, und außerdem als solcher einen lehenfähigen Mitvormund erhält [25]. Freiwillige Vertretung gestattet das Bayrische Recht nur bei der Lehensempfängniß, und setzt dazu königliche Genehmigung voraus [26].

§ 203.

IV. Von der Lehenserrichtung.

Gemeinrechtlich kann die Lehenserrichtung entweder durch Investitur oder durch Verjährung [1] erfolgen, dieß letztere in der Art, daß durch Ablauf der bestimmten Zeit der Lehensherr das Obereigenthum an dem Allodialgut des späteren Vasallen oder der spätere Vasall das Nutzeigenthum an dem Allodialgut des Lehensherrn erwirbt [2]. Ueber die Voraussetzungen herrscht Meinungsverschiedenheit; während die eine Meinung die gemeinrechtlichen Grundsätze von der Eigenthumsersitzung

---

Fortgang. V.U. II. 18: „Der Reichsverweser kann weder Krongüter veräußern oder heimgefallene Lehen verleihen“ .... Pözl, Vf.R. § 153.

[19] L.E. 1808 § 43.

[20] Vgl. über dieses Mayr, L.R. § 135; Beseler, P.R. § 103. II.

[21] V.U. Beil. I. 15: Sie sind dagegen wie jeder andere Forensis gehalten .. b in Ansehung der Lehengüter einen Lehenträger aus Bayrischen Unterthanen anzuordnen.

[22] L.E. 1808 § 45.

[23] L.E. 1808 § 71: Wenn über die Lehenfolge ein Streit obwaltet ist der Besitzer oder Curator vorläufig zur Lehensmuthung verbunden.

[24] L.E. 1808 § 137.

[25] L.E. 1808 § 138.

[26] L.E. 1808 § 44.

[1] Vgl. Weber, H.B. IV. 249 f.; Mayr, L.R. § 75; Beseler, P.R. § 108.

[2] II. F. 26. § 5 und § 33 pr. Weber, H.B. IV. 250; Beseler, P.R. § 108, 5.

für anwendbar hält [3], nimmt eine andere Ansicht eine besondere Lehensverjährung an, welche dreißigjährigen Besitz und guten Glauben voraussetzt [4]. Auch das Bayrische [5] und Preußische Landrecht [6] erkannten die Möglichkeit der Constituirung eines Lehens durch Verjährung an, ließen jedoch für die Voraussetzungen die civilrechtlichen Grundsätze von der Eigenthumsersitzung entscheiden. Durch die Bestimmungen des Bayrischen Lehenedikts ist indessen die Constituirung des Lehenverbands durch Verjährung ausgeschlossen [7], so daß seit Erlassung dieses Gesetzes der Lauf der Ersitzung nicht mehr beginnen kann [8].

Die Errichtung des Lehens erfolgt in Bayern jetzt nur durch Belehnung (Investitur) [9]. Belehnung ist der Akt, vermöge dessen der Lehensherr das Nutzeigenthum am Lehen gegen das Versprechen der Lehenstreue auf den Vasallen überträgt. Bei jeder Lehenserrichtung wird eine ausdrücklich oder stillschweigend zwischen den Lehenspersonen geschlossene Uebereinkunft vorausgesetzt, welche Lehensvertrag (contractus feudalis, lex investiturae, causa praecedens) genannt wird [10]. Dem Lehenvertrag kann gemeinrechtlich eine Uebereinkunft, Lehenversprechen, vorausgehen, welche die Bedeutung eines pactum de contrahendo hat, und einen klagbaren Anspruch auf Eingehung des Lehenvertrags gewährt [11]; nach Bayrischem Recht ist eine derartige Uebereinkunft wirkungslos [12]. Der Lehensvertrag enthält die Regelung des

---

[3] Pätz, L.R. § 66; Mayr, L.R. § 75, 7; Gerber, P.R. § 118, 4.

[4] Weber, H.B. I. 252; Beseler, P.R. § 109, 8. Diese Ansicht war früher ausschließlich herrschend.

[5] Bayr. L.R. IV. 18. 20.

[6] Pr. L.R. I. 18. 80.

[7] L.E. 1808 § 77: „durch die Verjährung kann kein Lehen constituirt oder erlangt werden."

[8] Rückwirkende Kraft kommt dieser Bestimmung nicht zu, und sie berührt daher weder die vollendete noch die damals im Lauf befindliche Ersitzung.

[9] Vgl. Weber, H.B. III. 96 f.; Mayr, L.R. § 62—74; Beseler, P.R. § 105—107.

[10] Vgl. Weber, H.B. II. 47; Mayr, L.R. § 63, 9; Beseler, P.R. § 105, 8.

[11] Mayr, L.R. § 63, 3; Beseler, Pr.R. § 105, 5. Bayr. L.R. IV. 18. 15.

[12] L.E. 1808 § 41. „Zusagen, letzte Willensverordnungen und Anwartschaften sind ohne Wirkung." Die Lehensanwartschaft expectativa feudalis gewährt gemeinrechtlich kein dingliches sondern nur ein persönliches Recht auf Belehnung auf ein bestimmtes oder das nächste eröffnete Lehen, jenachdem sie generell oder speciell gefaßt ist Weber, H.B. IV. 138; Mayr, L.R. § 73; Bayr. L.R. IV. 18. 18; Pr. L.R. I. 18. 444. Nach dem Wortlaut des Lehenedikts sind

persönlichen und dinglichen Verhältnisses der Lehenspersonen zu einander. Auch nach Bayrischem Recht ist er von Bedeutung, obwohl nach diesem nicht wie gemeinrechtlich irgend ein Rechtsgeschäft [13] sondern nur die Verleihung durch den Landesherrn [14] die Grundlage bildet. Der Lehensvertrag ist nach Bayrischem Recht mit der Belehnung verbunden, und seine Bestimmungen sind im Lehenbrief enthalten; selbstständige Lehenvertragsinstrumente werden nicht ausgestellt. Die Belehnung wird bei Thronlehen von dem König selbst [15] bei Kanzleilehen durch die Kreisregierungen [16] ertheilt. Die Lehen müssen von dem Lehenmann selbst empfangen werden; Vertretung durch einen besonders bevollmächtigten Anwalt aus derselben Classe der Lehenmänner setzt königliche Genehmigung voraus [17]. Minderjährige müssen sich durch einen Lehenträger vertreten lassen [18]. Der Belehnung geht die Eidesleistung voraus, deren Form durch das Lehensedikt festgestellt ist [19]. Die Investitur hat die Bedeutung der Auflassung; es wird dadurch das dingliche Recht am Lehen übertragen [20], nicht aber an sich der Besitz, der be-

---

alle Lehensexpektanzen in Bayern gesetzlich aufgehoben, so daß auch die früher ertheilten nicht mehr geltend gemacht werden können. Erk. 11/5 52 Bl. XVII. 408.

[13] Namentlich Kauf, Tausch, Oblation Mayr, Lehenrecht § 63, 6—8.

[14] L.E. 1808 § 37.

[15] L.E. 1808 § 42.

[16] V. 17/12 1825 § 91; Mayr, L.R. § 74, 6.

[17] L.E. 1808 § 44.

[18] L.E. 1808 § 45.

[19] L.E. 1808 § 46: Bei der Belehnung muß der Lehenmann folgenden Eid schwören: „Der gegenwärtige Lehenmann (Lehenträger) soll schwören in seine (in des Lehenmannes) Seele, dem allerdurchlauchtigsten, großmächtigsten König und Herrn, Herrn Maximilian Josef, König von Bayern, als seinem allergnädigsten Lehenherrn, getreu und gehorsam zu sein, und alles zu thun und zu leisten, was seinem Lehenherrn ein getreuer Lehenmann nach den Gesetzen des Reiches zu leisten schuldig ist, bei unfehlbarem Verluste des Lehens." Stabung: „Dem Eide, welcher mir jetzt vorgelesen worden und den ich wohl verstanden habe, schwöre ich getreulich nachzukommen, so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium."

[20] II. F. 8. pr. Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem ut tanquam dominus possit a quolibet possidente sibi quasi vindicare, et si ab alio ejus rei nomine conveniatur defensionem opponere. Bayr. L.R. IV. 18. 16. Nr. 4: Durch diese ... erlangt auch der Lehenmann weder dominium utile noch die Possession von dem Lehen sondern nur jus reale folglich die Befugniß, daß er entweder selbst von dem Lehen soferne possessio vacua ist eigenmächtiger Weis Besitz nehmen oder zu

sonders erworben werden muß, und auf dessen Einräumung dem Lehenmann ein Klagrecht zusteht [21].

Ueber den Belehnungsakt wird ein Protokoll aufgenommen, und in das Lehenbuch eingetragen, dann ein vom König unterzeichneter und von den Minister der auswärtigen Angelegenheiten kontrasignirter Lehenbrief ausgefertigt, und dagegen von dem Lehenmann ein Revers erholt [22]. Diese Urkunden sind gemeinschaftliche Urkunden für die in der Investitur begriffenen Personen [23]. Der Lehenbrief insbesondere liefert vollen Beweis gegen den Aussteller und dessen Nachfolger. Die darin enthaltene Uebereinkunft ist auch für die Nachfolger verbindlich [24]. Abänderungen können gültig nur unter Uebereinstimmung des Lehensherrn Lehenmannes und aller Leheninteressenten oder durch eine allgemeine gesetzliche Bestimmung getroffen werden [25]. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben so wird die Abweichung des neuen Lehenbriefes nicht zu Recht bestehend, und es wird auf den ersten Lehenansatzbrief oder wo dieser nicht zu finden ist auf den ältesten vorhandenen Lehenbrief zurückgegangen [26].

Für die Belehnung hat der Lehenmann die Lehengebühren zu entrichten [27], welche nach Bayrischem Recht in der Lehentaxe und dem Gradationsstempelbetrag bestehen [28].

Besondere Arten der Belehnung sind: 1. Die Reinfeudation [29]. Diese ist die Verleihung eines durch Hinwegfallen der Vasallenfamilie

---

Erlangung dessen sowohl gegen den Lehensherrn als den dritten Inhaber soweit dieser kein älter oder besseres Recht darzuthun vermag rechtliche Klag stellen mag.

[21] II. Feud. 26. 15. Si facta de feudo investitura poeniteat dominum antequam possessionem transferat an praestando interesse vasallo liberetur quaesitum fuit. Responsum est: praetermissa illa condemnatione dominum possessionem feudi de quo investituram fecit tradere compellendum. Mayr, L.R. § 66, 7; Beseler, P.R. § 105, 12.

[22] L.E. 1808 § 47.

[23] Mayr, L.R. § 65, 14; Beseler P.R. § 105, 23.

[24] Beseler, P.R. § 105, 17.

[25] L.E. 1808 § 75.

[26] L.E. 1808 § 76.

[27] Mayr, L.R. § 109; Beseler, P.R. § 105. V.

[28] L.E. 1808 § 48–51. Die hier § 51 und 52 bestimmten Canzleigebühren sind durch R.L.E. 1828 Art. 2 aufgehoben. Die Lehentaxe ist an die Stelle des anderwärts sich findenden Laudemiums getreten Mayr, L.R. § 111, 18.

[29] Mayr, L.R. § 68.

heimgefallenen Lehens an einen anderen Lehenmann, für welchen sie die Bedeutung einer Neubelehnung hat. Ihre Eigenthümlichkeit tritt nur in den Beziehungen des Lehensherrn hervor, welchem ein Recht zur Wiederverleihung heimgefallener Lehen zustehen oder eine Verpflichtung dazu obliegen kann [30]. In Bayern kommt nur das erstere Verhältniß in Betracht, insoferne dem König die Wiederverleihung heimgefallener Lehen, die aus Staatsgut verliehen sind, ohne Beobachtung der für Veräußerung des letzteren bestimmten Förmlichkeiten freisteht [31].

2. Zeitdauer [32]. Gemeinrechtlich bildet die Erblichkeit des Lehens die Regel; die Verleihung erfolgt an den Lehenmann und seine lehensfolgefähigen Descendenten [33], und es wird dieß, wo es nicht besonders ausgesprochen ist, vermuthet [34]. Abweichungen davon sind zwar nicht ausgeschlossen, allein sie gelten als Impropriertät, und sind nach den für diese geltenden Grundsätzen zu beurtheilen [35]. Hievon weicht das Bayrische Lehenrecht insoferne ab, als es die auf Lebenszeit verliehenen den erblich verliehenen Lehen gleichstellt [36], die Bestimmung demnach lediglich von der Belehnung abhängig macht.

3. Eventualbelehnung [37]. Gemeinrechtlich kann eine Belehnung auch an einem noch in dem Besitz eines Lehenmannes befindlichen Gut ertheilt werden. Der Belehnte erwirbt dadurch für sich und seine lehenfähige Descendenz ein dingliches Recht [38] auf Succession im Lehen

---

[30] Weber, H.B. II. 93; Mayr, L.R. § 53, 5.

[31] Vgl. oben § 201, 15.

[32] Vgl. Mayr, L.R. § 67; Gerber, P.R. § 117.

[33] II. F. 23. § 2: beneficium ... ita datur alicui ... ut ad eum heredesque suos ... in perpetuum pertineat.

[34] Weber, H.B. II. 63.

[35] Weber, H.B. II. 66.

[36] L.E. 1808 § 40. „Die Lehen können auf die Lebenszeit des Lehenmannes oder auf die männlichen Erben verliehen werden."

[37] Weber, H.B. IV. 108 f.; Mayr, L.R. § 71—73; Beseler, P.R. § 106.

[38] Weber, H.B. IV. 109; Mayr, L.R. § 73, 3; Beseler, P.R. § 106, 9 wo die abweichende Ansicht von Gerber § 115, 2 niederlegt ist. Die erstere Auffassung ist ausdrücklich anerkannt Bayr. L.R. IV. 18. 18: „Expektanz .. pflegt ... durch bloße Zusag oder eventuale Investitur mitgetheilt zu werden. Letzterenfalls erlangt der Expektant dadurch ein Jus reale" ... und Pr. L.R. I. 18. 445: „Die .. Eventualbelehnung .. enthält die Einräumung eines dinglichen Rechts auf das Lehen für den Fall wenn selbiges an den Lehenherrn eröffnet wird." Ebenso Erk. 11/5 52 Bl. XVII. 408.

für den Eröffnungsfall. Das Bayrische Lehenedikt hat die Eventualbelehnung für die Zukunft beseitigt [39], wodurch jedoch die Geltendmachung der vor Erlassung dieses Gesetzes begründeten Rechte nicht ausgeschlossen ist.

4. Mitbelehnung [40]. Die Belehnung kann gemeinrechtlich an eine Person erfolgen (Investitura simplex) oder mehrere Personen umfassen (Coinvestitura). Die letztere ist entweder Mitbelehnung nach den Grundsätzen des langobardischen Lehenrechts (Coinvestitura juris communis), oder Gesammtbelehnung (coinvestitura juris Germanici). Diese zunächst aus dem älteren deutschen Lehenrecht entwickelt findet sich entweder als Gesammtbelehnung im eigentlichen Sinn [41] oder als Belehnung zur gesammten Hand [42], war aber in den zu Bayern gehörenden Rechtsgebieten nicht ausgebildet [43]. Das Lehensedikt hat auch die gemeinrechtliche Mitbelehnung ausgeschlossen [44].

Abschnitt 2.

Rechtsverhältniß des errichteten Lehens.

Abtheilung 1.

Rechte des Lehensherrn.

§ 204.

Die Rechte des Lehensherrn beziehen sich theils auf das persönliche Verhältniß zu dem Vasallen, theils auf das Lehengut.

I. Persönliche Rechte des Lehensherrn. Das persönliche Verpflichtungsverhältniß, in welches der Vasall zu dem Lehensherrn tritt, und dessen Beobachtung er in dem Leheneid zu versprechen

---

[39] L.E. 1808 § 41: Mitbelehnschaften und eventuelle Belehnungen finden in Zukunft nicht statt.

[40] Weber, H.B. III. 130, IV. 82; Mayr, L.R. § 70; Beseler, Pr.R § 107.

[41] Mayr, L.R. § 70, 7; Beseler, P.R. § 107, 8; Gerber, P.R. § 116, 2.

[42] Mayr, L.R. § 70, 8; Beseler, P.R. § 107, 9; Gerber, P.R. § 116, 9.

[43] Bayr. L.R. IV. 18. 17. Nr. 1 ist sie ausdrücklich als nicht üblich erklärt. Auch Pr. L.R. I. 18. 109 erscheint sie als beseitigt.

[44] L.E. 1808 § 41 oben Note 39.

hat, wird Lehenstreue (fidelitas feudalis) genannt. Der Inbegriff aller dem Lehensherrn zustehenden Rechte heißt Lehensherrlichkeit, die Verletzung der Vasallenpflichten ist die Felonie. Die Rechte des Lehensherrn gegenüber dem Vasallen, die man als persönliche zusammenfassen kann, gründen sich theils auf die Verpflichtung des Vasallen gegen die Person des Lehensherrn theils auf die Verpflichtung zu gewissen positiven Leistungen. Während in früherer Zeit das persönliche Verpflichtungsverhältniß des Vasallen die wichtigste Seite des Verhältnisses bildete, ist es jetzt fast ganz zurückgetreten, da die darin liegende Verpflichtung, soweit sie mit dem öffentlichen Recht collidirt, beseitigt und soweit sie mit dem öffentlichen Recht nicht collidirt eine allgemeine geworden ist. Noch weiter ist das persönliche Verpflichtungsverhältniß beschränkt durch die Ausschließung der Lehenherrlichkeit der Privaten und Vereinigung der aktiven Lehensfähigkeit mit der landesherrlichen Gewalt, indem dadurch die früher vorhandene Möglichkeit der vertragsmäßigen Regelung dieses Verhältnisses ausgeschlossen ist, und bei dem Zusammenfallen des vasallitischen Nexus mit dem Unterthanverband für die Regelung des persönlichen Verhältnisses des Vasallen die Bestimmungen des öffentlichen Rechts maaßgebend sind, weßhalb die meisten der hier einschlagenden Verhältnisse in dem Bayrischen Recht eine völlige Umgestaltung erfahren haben. Im einzelnen ist hervorzuheben:

1. Die Lehenstreue. Die Lehenstreue im engeren Sinn enthält gemeinrechtlich die Verpflichtung zur Lehensreverenz d. h. Erweisung besonderer Ehrfurcht [1], Unterlassung aller Handlungen welche den Lehensherrn an Leib, Ehre und Vermögen beschädigen [2], und die Verpflichtung dem Lehensherrn im Bedürfnißfall beizustehen. Das Bayrische Lehenrecht hebt besonders die Verpflichtung hervor, ohne Bewilligung des Lehensherrn nicht in fremde Staats- oder Kriegsdienste zu treten [3].

2. Recht auf Lehendienste. Mit der Investitur übernimmt der Vasall die Verpflichtung zur Leistung der Lehendienste, welche auf gesetzlicher Bestimmung oder besonderer Uebereinkunft beruhen können (Servitia legalia und conventionalia). Die Verpflichtung zu Lehen-

---

[1] Weber, H.B. IV. 272; Mayr, L.R. § 103, 1.

[2] Weber, H.B. IV. 274; Mayr, L.R. § 103, 3 f.; Beseler, P.R. § 109, 8 f.

[3] L.E. 1808 § 80: Die Rechte an den Lehenmann sind: 1) das Recht die Lehenstreue zu fordern. In Folge dessen kann kein Lehenmann ohne Bewilligung des Lehensherrn in fremde Staats- und Kriegsdienste treten.

diensten gehört zu den Naturalia feudi [4]. Die Lehensdienste sind Kriegsdienste oder Hofdienste [5]. Zu Hofdiensten sind alle Lehenmänner verpflichtet; sie müssen nach Bayrischem Recht so oft am Hof des Lehensherrn erscheinen als sie einberufen werden [6]. Die Kriegsdienste, früher der Angelpunkt des ganzen Lehenverhältnisses, sind durch die Veränderung der Militärverfassung völlig umgestaltet worden, da sie seit dem 17. Jahrhundert regelmäßig nicht mehr in Natur geleistet werden konnten [7]. An ihre Stelle trat eine Geldleistung (Adäration) [8], die auch in Bayern unter dem Namen Lehenpferdegelder eingeführt auf den Betrag von 2% der reinen Leheneinkünfte fixirt und für jedes einzelne Lehen festgestellt war [9]. Durch das R.L.E. 15/8 1828 ist jedoch diese Abgabe vollständig aufgehoben [10].

3. Die Lehengerichtsbarkeit. Gemeinrechtlich ist die Ausübung der Lehengerichtsbarkeit ein in der Lehenherrlichkeit liegendes Recht des Lehensherrn, das sich auf die Ausübung der streitigen und nicht streitigen Gerichtsbarkeit in Lehensachen erstreckt. In früherer Zeit wurde sie nur in den Mannengerichten nämlich den mit Vasallen als Beisitzern unter Vorsitz des Lehensherrn besetzten Gerichten geübt [11]. Diese sind indessen längst außer Uebung gekommen, und die Ausübung der Gerichtsbarkeit ist den Landesgerichten übertragen, womit auch das Bayrische Recht übereinstimmt [12].

4. Recht auf Lehenserneuerung. Die Lehenserneuerung ist die Bestätigung der Investitur nach vorgängiger eidlicher Verpflichtung des Vasallen. Sie ist in allen Fällen vorgeschrieben, in welchen durch eine Veränderung in der Person des Lehensherrn (Thronfall, Hauptfall) oder des Vasallen (Lehenfall, Nebenfall) der Lehennexus in seinem bisherigen Bestand aufgehört hat. Der Thronfall wird bei jeder Veränderung

---

4 Weber, H.B. IV. 301.

5 Beseler, P.R. § 110, 2; Gerber, P.R. § 120, 14.

6 L.E. 1808 § 81.

7 Beseler, P.R. § 110, 5.

8 Beseler, P.R. § 110, 8.

9 L.E. 1808 § 81—83.

10 R.L.E. 1828 Art. 1.

11 Mayr, L.R. § 112, 2; Beseler, P.R. § 110, 10.

12 L.E. 1808 § 214 und 215. „Es soll keine eigene Lehengerichtsbarkeit bestehen, sondern alle streitigen Lehensachen sollen vor den Gerichtshöfen verhandelt werden. Die Lehenstreitigkeiten sind auf keine besondere Weise sondern wie andere Rechtssachen von den Gerichtsstellen zu verhandeln."

in der herrschenden Hand angenommen, also nicht nur bei dem Tod sondern auch bei der Resignation des bisherigen Lehensherrn [13]. Der Lehenfall begreift jede Veränderung in der Person des Leheninhabers, also die durch Tod Resignation oder Entsetzung herbeigeführte [14]. Tritt ein Lehenbruchsfall ein, so ist der besitzende Vasall oder derjenige, der in Besitz des Lehen treten will, verpflichtet, binnen Jahr und Tag das Lehen zu muthen [15]. Für den minderjährigen Vasallen hat der Lehensvormund [16] und bei Streit über die Lehenfolge der Besitzer oder Curator zu muthen [17]. Die Frist läuft gemeinrechtlich von dem Zeitpunkt der erlangten Wissenschaft an [18], nach dem Bayrischen Lehenrecht von dem Tag an, an dem sich der Lehenbruchfall ergeben hat [19]. Die Versäumung dieser Frist, welche gemeinrechtlich mit Verlust des Lehens bedroht ist [20], führt nach Bayrischem Recht nur wenn sie aus böser Absicht geschehen ist Privation des Lehens außerdem nur die Entrichtung doppelter Lehengebühren als Strafe herbei [21]. Die Muthung wird bei dem Lehenhof eingereicht und über die geschehene Muthung ein Muthschein ausgefertigt [22]. Auf die Muthung wird vor allem eine Untersuchung über das Recht des Antragstellers eingeleitet, weßhalb in dieser die nöthigen Anhaltspunkte beigebracht werden müssen [23].

---

[13] Erk. 19/4 50 Arends III. 249; 9/12 51 Arends V. 339.

[14] Weber, H.B. IV. 179.

[15] II. F. 24 pr. und 40 pr.; Beseler, P.R. § 110, 21. Gemeinrechtlich ist der Umfang des Termins bestritten Weber, H.B. IV. 200; Mayr, L.R. § 107, 1. Das L.E. 1808 § 66 entscheidet sich für die deutsche Computation von ein Jahr sechs Wochen und drei Tagen.

[16] L.E. 1808 § 139. In L.E. § 140 und 141 war auch bei Veränderungen in der Person des Vormunds und bei Eintritt der Großjährigkeit des Vasallen die Lehenserneuerung vorgeschrieben; nach R.L.E. Art. 8 dagegen wird in diesen Fällen nur eine neue Verpflichtung vorgenommen.

[17] L.E. 1808 § 71.

[18] Mayr, L.R. § 107, 2; Gerber, P.R. § 122, 5.

[19] L.E. 1808 § 66.

[20] I. Feud. 22 pr. II. F. 24 pr. Mayr, L.R. § 107, 13.

[21] L.E. 1808 § 69. 70. „Wenn die Lehensmuthung inner des vorgeschriebenen Zeitraumes aus böser Absicht (dolo malo) unterlassen wird, verliert der Lehenmann oder Lehenfolger das Lehen, und erst nach dessen Tode tritt der nächste Lehenerbe wieder in den Genuß. Wenn der Muthungstermin ohne böse Absicht (sine dolo malo) versäumt wird, findet die Strafe der Entrichtung doppelter Lehengebühren statt."

[22] L.E. 1808 § 67. 72; Mayr, L.R. § 111, 9.

[23] L.E. 1808 § 68. „In der Lehenmuthung muß: a) der dieselbe veran=

Ist das Recht nicht beanstandet, so darf die Renovation nicht verweigert werden [24]. Es wird ein Termin zur Lehensempfangung anberaumt, und bei dieser wie bei der Investitur verfahren [25], auch wird ein neuer Lehenbrief ausgefertigt und ein neuer Revers erholt [26].

II. Dingliche Rechte des Lehensherrn. Das Recht des Lehensherrn an dem Lehengut ist wie gemeinrechtlich [27] auch nach Bayrischem Recht [28] das des Obereigenthums gegenüber dem Nutzeigenthum des Vasallen. Es enthält dieß folgende Befugnisse.

1. Das Recht der Consensertheilung zu allen Dispositionen über das Lehengut [29], und damit das Recht gegen alle einseitigen Verfügungen des Lehenmannes einzuschreiten [30].

2. Das Recht alle Deteriorationen zu verhindern, und dagegen einzuschreiten [31].

3. Das Recht der Consolidation in den gesetzlich bestimmten Fällen [32].

Das gemeinrechtlich [33] dem Lehensherrn zustehende Recht der Veräußerung des Obereigenthums ist in dem Bayrischen Recht beseitigt, da die aktive Lehensfähigkeit nur dem König zusteht [34], sowie hier

---

lassende Lehenfall angeführt, und 1) bei einem Hauptfalle sich auf das Lehen-Berufungspatent bezogen, 2) bei einem Nebenfalle der Todtenschein des letzten Lehenmannes beigebracht und die richtige Erbfolge dargethan, b) eine beglaubigte Abschrift des jüngsten Lehenbriefes, c) ein genaues Verzeichniß aller Lehenstücke und d) bei minderjährigen Lehenfolgern das Tutorium beigelegt, auch e) ein Anwalt zur Insinuation angezeigt, übrigens aber f) durchgehends Stempelpapier nach dem Klassenstempel angewendet werden."

[24] Weber, H.B. IV. 224; Mayr, L.R. § 108, 1; Beseler, P.R. § 110, 29.

[25] L.E. 1808 § 73 vgl. oben § 203.

[26] L.E. 1808 § 74.

[27] Mayr, L.R. § 116; Beseler, P.R. § 109, I.

[28] L.E. 1808 § 79: Die Rechte auf das Lehen sind: 1) das Obereigenthum, wodurch das auf den Lehenmann übertragene Nutzeigenthum beschränkt und derselbe verbindlich gemacht wird, das Lehen nicht zu veräußern, und nicht zu schmälern.

[29] Mayr, L.R. § 116, 1; L.E. 1808 § 79, 1; vgl. unten § 207.

[30] Vgl. unten § 216, 7.

[31] Vgl. unten § 216, 7.

[32] Vgl. unten § 216, II.

[33] Vgl. Beseler, P.R. § 109, 4; Gerber, P.R. § 119, 1.

[34] Vgl. oben § 202, 3. Auch die wie oben § 202, 5 ausgeführt den standesherrlichen Familien vorbehaltene Lehensherrlichkeit für ihre Aktivlehen kann als ein Privilegium nicht abgetreten werden.

auch die gemeinrechtlich zuläßige Ertheilung einer Eventualbelehnung und Expektanz bei königlichen Lehen ausgeschlossen ist [35].

Abtheilung 2.

Rechte des Vasallen.

§ 205.

I. Persönliche Rechte des Vasallen.

Die persönliche Verpflichtung des Lehensherrn gegen den Vasallen, der des Vasallen gegen den Lehensherrn entsprechend, wurde früher in der Art als mit dem Lehensnexus gegeben angesehen, daß auch der Lehensherr durch Verabsäumung der ihm obliegenden Pflicht des Schutzes (Lehenprotection) eine Felonie begehen konnte, welche den Verlust des Obereigenthums zur Folge hatte [1], was jedoch in Bayern nie herkömmlich war [2], und auch in dem Lehenedikt nicht anerkannt ist.

II. Dingliche Rechte des Vasallen.

§ 206.

1. Das Nutzungsrecht.

Durch die Belehnung erhält der Vasall das Nutzungsrecht an dem Lehengut [2], das jetzt allgemein als Untereigenthum bezeichnet wird [3]. Die ihm hiernach zustehenden Rechte sind:

---

[35] L.E. 1808 § 41; vgl. oben 203, 12 und 33.

[1] II. Feud. 6 § 2 und 26 § 24; Mayr, L.R. § 118, 2; Beseler, P.R. § 111, 3.

[2] Bayr. L.R. IV. 18. 51. Nr. 1: Was das gemeine Lehenrecht von der Felonie des Lehensherrn und der daraus folgenden Verwirkung des lehenherrlichen Obereigenthums mit sich bringt ist hier zu Land nicht in Uebung. Pr. L.R. I. 18. 164 hat noch den gemeinrechtlichen Standpunkt.

[1] Mayr, L.R. § 119; Beseler, P.R. § 111.

[2] II. F. 23 § 2. Beneficium ita datur . . . ut proprietas qnidem rei immobilis penes dantem remaneat ususfructus vero illius rei . . . ad ac-

1. Er hat Anspruch auf Besitz des Lehenobjekts und zur Erhaltung desselben die petitorischen und possessorischen Rechtsmittel [4]. Zur Erlangung seines Rechtes steht ihm eine utilis rei vindicatio zu [5].

2. Er hat den vollen Gebrauch und Benützung des Lehengutes und bezieht alle natürlichen und bürgerlichen Früchte desselben, die mit der Separation sein Eigenthum werden [6]. Ebenso übt er alle mit dem Lehengut verbundenen Gerechtsame aus [7]. An den Accessionen hat er die Rechte, die ihm an der Hauptsache zustehen [8], während er hinsichtlich des auf dem Lehengut gefundenen Schatzes die Stellung des Eigenthümers einnimmt [9]. Bei Ausübung des Nutzungsrechts hat er die Stellung des Eigenthümers [10], und ist nur durch die Verpflichtung beschränkt die Sache hauswirthschaftlich zu benützen und alle Deteriorationen zu unterlassen [11]. Er kann daher die Art der Bewirthschaftung bestimmen, und alle Veränderungen vornehmen, welche den Werth des Objekts nicht vermindern [12]. Dagegen hat er die

---

cipientem transeat. Bayr. L.R. IV. 18. § 1 Nr. 2: Das Lehen... bestehet in dem Unter- oder nutzbaren Eigenthum (dominio utili) welches man auf einem Gut unter dem Geding der dagegen zu leistenden besonderen Treu erlangt hat. Pr. L.R. I. 18. 13: Eine Sache deren nutzbares Eigenthum jemand unter der Bedingung einer dem Obereigenthümer zu erweisenden besonderen Treue gegen den von diesem ihm zu leistenden Schutz besitzt wird ein Lehen genannt. L.E. 1808 § 85: Dem Lehenmann kommt das Untereigenthum mit der vollen Nutznießung des Lehens zu.

[3] S. oben § 119; Beseler, P.R. § 111. III.

[4] Weber, H.B. IV. 358; Mayr, L.R. § 119, 13; L.E. 1808. § 85: Er darf sich aller gerichtlichen und außergerichtlichen Mittel zum Schutz und zur Wiedererlangung des Eigenthums bedienen.

[5] II. F. 8. pr. Rei autem per beneficium recte investitae vasallus hanc habet potestatem, ut tamquam dominus a quolibet possit possidente sibi quasi vindicare, et si ab alio ejus rei nomine conveniatur, defensionem opponere. Weber, H.B. IV. 354; Mayr, L.R. § 119, 14.

[6] Weber, H.B. IV. 335; Mayr, L.R. § 119, 6. Vgl. oben § 144, 3.

[7] Mayr, L.R. § 119, 4.

[8] Weber, H.B. IV. 336.

[9] Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 4; Pr. L.R. I. 9. 94; Weber, H.B. IV. 337; Beseler, P.R. § 111, 10. A. M. Mayr, L.R. § 119, 4; Gerber, P.R. § 125, 2.

[10] II. F. 8. pr. oben Note 5; Mayr, L.R. § 119, 9.

[11] II. F. 8 § 3; Mayr, L.R. § 119, 11; Beseler, P.R. § 111, 12.

[12] II. F. 28 § 2. Pr. L.R. I. 18. 8—10; Mayr, L.R. § 109, 10; Beseler, P.R. § 111, 11.

Pflicht, das Objekt in baulichem Stand zu erhalten [13], und hat alle Lasten zu tragen [14].

3. Der Lehenmann kann die Ausübung seines Nutzeigenthums anderen überlassen, und kann daher das Lehengut verpachten [15], jedoch nicht über die Dauer seines eigenen Rechts [16].

4. Der Lehenmann ist in allen das Lehenobjekt betreffenden Rechtsstreitigkeiten aktiv und passiv allein legitimirt [17]. Die Resultate eines von dem Lehenmann geführten Prozesses verbinden sowohl den Lehensherrn als die Lehensuccessoren, ohne daß der Vasall zur Streitverkündung verbunden wäre [18]; der Vasall ist selbst zum Vergleich legitimirt [19].

§ 207.

2. Dispositionsbefugniß.

Das Recht des Vasallen ist auf die Ausübung des nutzbaren Eigenthums beschränkt, ohne daß ihm die Befugniß zustände Verfügungen zu treffen, welche in ihrer Wirkung über die Dauer seines Rechtes am Lehen sich erstrecken würden. Er darf daher einseitig nur solche Dispositionen vornehmen, welche die Grenzen des ihm zustehenden Nutzungsrechts zeitlich nicht überschreiten (Veräußerung im weiteren Sinn). Dagegen ist er zu Dispositionen über die Substanz (Veräußerung im engeren Sinn) nicht berechtigt, sowohl wenn dadurch das ganze Recht am Lehen als wenn nur ein einzelner Bestandtheil desselben auf einen Dritten dauernd übertragen wird, vielmehr ist zum Rechtsbestand einer derartigen Veräußerung der Consens des Lehensherrn sowohl als der Lehenfolger erforderlich. Es ist daher zu unterscheiden:

I. Veräußerungen im weiteren Sinn. Der Vasall

[13] II. F. 8 § 3; Bayr. L.R. IV. 18. 21. Nr. 4; L.E. 1808 § 183 f.; Mayr, L.R. § 119, 20.

[14] Bayr. L.R. IV. 18. 22; Pr. L.R. I. 18. 11; Beseler, P.R. § 111, 13.

[15] II. F. 9 § 3: licet posset locare, nisi locatio esset fraudulenta alienatio. Weber, H.B. IV. 338; Mayr, L.R. § 119, 7.

[16] Vgl. unten § 207, 5.

[17] Weber, H.B. IV. 357; Mayr, L.R. § 119, III.

[18] II. F. 26 § 23; Mayr, L.R. § 119, 17.

[19] II. F. 26. § 23; Gerber, P.R. § 125, 9.

kann die Ausübung seines Nutzungsrechts für die Dauer desselben ganz oder theilweise an andere überlassen [1], sowie für diesen Zeitraum Dritten dingliche Rechte am Lehen bestellen [2]. Er kann daher:

1. Das Lehengut verpachten. Zur Verpachtung ist nach gemeinem Recht Consens des Lehensherrn und der Agnaten nicht erforderlich [3], und es ist dieß auch im Bayrischen Recht anerkannt [4]. Indessen ist der Pachtvertrag nur für den Verpächter verbindlich, und es ist weder der Lehensnachfolger [5] noch der Lehensherr bei Heimfall des Lehens denselben zu halten verbunden [6].

2. Der Vasall kann für die Dauer seines Rechts eine Personalservitut am Lehen bestellen [7].

3. Gemeinrechtlich hat der Vasall das Recht Prädialservituten am Lehen zu bestellen [8], und man nimmt analoge Ausdehnung auf Reallasten an [9]. Nach Bayrischem Recht dagegen wird die Errichtung von Prädialservituten als Veräußerung im engeren Sinne aufgefaßt [10].

4. Gemeinrechtlich hat der Vasall das Recht der Afterbelehnung

---

[1] Weber, H.B. IV. 338; Mayr, L.R. § 119, 7; Gerber, P.R. § 125, 4; L.E. 1808 § 90: Ueber die Früchte des Lehens kann der Lehenmann für seine Lebenszeit verfügen.

[2] Mayr, L.R. § 119, 8.

[3] II. F. 9 § 1; Weber, H.B. IV. 338; Mayr, L.R. § 122, 25.

[4] L.E. 1808 § 90: Ein Lehen kann in Zeitpacht gegeben werden.

[5] Gemeinrechtlich wird angenommen, daß die Descendenten des Vasallen an den Pachtvertrag gebunden seien, da sie als Allodialerben die Handlungen ihres Ascendenten anerkennen müssen Weber, H.B. IV. 340. Da nach Bayrischem Lehenrecht die nothwendige Verbindung der Allodial- und Lehensuccession nicht anerkannt ist, so ist auch diese Consequenz nicht zu ziehen. Kreittmayr, Anm. 2 c zu Bayr. L.R. IV. 18. 29.

[6] Weber, H.B. IV. 340.

[7] Weber, H.B. IV. 340; Mayr, L.R. § 122, 28. Dieß gilt auch nach Bayrischem Recht vermöge des in L.E. 1808 § 90 oben Note 1 ausgesprochenen Grundsatzes. Unter Dienstbarkeiten, deren einseitige Bestellung in L.E. 1808 § 89 unten Note 18 verboten ist, sind nur Grunddienstbarkeiten zu verstehen. Soweit die Dauer der Personalservitut über das Leben des Constituenten sich erstrecken soll, ist die Bestellung als Veräußerung im engeren Sinn anzusehen Beseler, P.R. § 113, 4.

[8] II. F. 8. pr.; Mayr, L.R. § 122, 26; Beseler, P.R. § 113, 3. Die Bestellung wirkt bis zum Heimfall des Lehens an den Lehenherrn.

[9] Mayr, L.R. § 122, 26.

[10] L.E. 1808 § 89 vgl. unten Note 18. Es findet sich dieß schon Bayr. L.R. IV. 18. 30. Nr. 2 ausgesprochen.

(Subinfeudatio) [11], welche jedoch in dem neueren Bayrischen Recht allgemein verboten ist [12].

5. Der Vasall kann gemeinrechtlich für die Dauer seines Rechts die Früchte des Lehengutes gültig verpfänden, und zu diesem Behuf dem Gläubiger den Besitz des Lehens einräumen [13]; nach Bayrischem Recht dagegen ist jede Verpfändung für eine Veräußerung im engeren Sinn erklärt [14].

II. Veräußerungen im engeren Sinn. Der Lehenmann ist nicht berechtigt, einseitig Dispositionen zu treffen, welche zu den Veräußerungen im engern Sinn gehören; eine derartige Verfügung ist ungültig, und ein Feloniefall [15]. Es fallen unter dieses Veräußerungsverbot:

1. Veräußerungen durch ein Geschäft unter Lebenden und zwar sowohl Veräußerung des gesammten Lehenobjekts durch Einräumung des Nutzeigenthums an einen Dritten durch irgend ein Rechtsgeschäft [16] als Veräußerung einzelner Theile [17] und Beschwerung mit einem dauernden dinglichen Recht [18].

---

[11] Mayr, L.R. § 128; Beseler, P.R. § 113, 1; Bayr. L.R. IV. 18. 60; Pr. L.R. I. 18. 210 f.

[12] L.E. 1808 § 88: Ein Lehen kann . . . auch nicht durch . . . Afterlehenvertrag weiter begeben werden. § 23. Kein Lehenmann kann königliche Lehen weiter verleihen. § 24: Alle Privatlehen und alle Afterlehen sollen daher erlöschen.

[13] Eichhorn, P.R. § 227 d; Mayr, L.R. § 126, 15; Beseler, P.R. § 113, 12.

[14] L.E. 1808 § 89 unten Note 18.

[15] II. Feud. 52; Bayr. L.R. IV. 18. 33 Nr. 2; Pr. L.R. I. 18. 187. L.E. 1808 § 109: Die ohne lehensherrliche Einwilligung vorgenommenene Lehensveräußerung ist nicht nur an sich ohne Kraft und Wirkung sondern auch eine Art der Felonie.

[16] II. Feud. 52 pr., 55. pr.; Bayr. L.R. IV. 18. 30 Nr. 2; Pr. L.R. I. 18. 187; L.E. § 86—88: „Der Lehenmann kann das Lehen nicht veräußern. Unter der verbotenen Veräußerung werden alle Handlungen verstanden, wodurch das Untereigenthum des Lehens auf einen Anderen übertragen oder wenigst beschwert und geschmälert wird. Ein Lehen kann daher nicht verkauft, nicht verschenkt, nicht an Zahlungsstatt gegeben, nicht durch Vergleich abgetreten, nicht durch letzten Willen vermacht, nicht anverheurathet, nicht vertheilt auch nicht durch einen Grund- oder Afterlehenvertrag weiter vergeben werden."

[17] L.E. 1808 § 113. „Wenn nicht das ganze Lehen sondern nur ein Theil davon veräußert wird, so ist nur der veräußerte Theil der Heimfälligkeit unterworfen."

[18] Gemeinrechtlich gilt dieß nur vom emphyteutischen Vertrag II. Feud. 9. 1,

2. Verpfändung des Lehengutes. Nach gemeinem Recht [19] sowie nach älterem Bayrischem Recht [20] ist die Verpfändung des Lehenobjekts ausdrücklich untersagt, und es erstreckte sich dieß sowohl auf die Verpfändung mit Besitzeinräumung als auf die Bestellung einer Hypothek [21]. Auch das Lehenedikt sprach den gleichen Grundsatz aus [22]. Dieß ist auch in unserer Hypothekengesetzgebung anerkannt, indem hier die Eintragung der Lehensqualität in das Hypothekenbuch und der Grundsatz ausgesprochen ist, daß eine Hypothek an einem Lehengut nur nach den im Lehenrecht bestimmten Grundsätzen errichtet werden könne [23].

3. Letztwillige Verfügung. Gemeinrechtlich hat der Lehenmann nicht das Recht, durch letztwillige Anordnungen über das Lehen zu verfügen [24], und es ist dieß in dem Bayrischen Recht in vollstem Umfang anerkannt [25].

Die einseitig vollzogene Veräußerung des Lehens ist nichtig. Nach Bayrischem Recht kann der Lehenmann selbst insoferne er in gutem Glauben war das Lehen vindiciren [26]. Die Veräußerung ohne guten

---

Mayr, L.R. § 122, 3, Beseler, P.R. § 113, 8, Gerber, P.R. § 126, 7, und auch dieser wird von manchen als zuläßig angesehen Eichhorn, P.R. § 227. Bayr. L.R. IV. 18. 30 Nr. 2 verbietet alle binglichen Belastungen und diese Bestimmung ist in L.E. 1808 § 89 übergegangen: „Ein Lehen kann auch nicht verpfändet noch mit einer Zinsabgabe, Stiftung, Dienstbarkeit oder anderen Bürde beschwert werden.“ Auch die Begründung einer Emphyteusis war nach Bayrischem Recht verboten Bayr. L.R. IV. 18. 30 Nr. 1; L.E. 1808 § 88 oben Note 2.

[19] II. F. 55. Ut nulli liceat feudum totum vel partem aliquam vendere vel pignorare. Mayr, L.R. § 126, 1; Beseler, P.R. § 113, 10.

[20] Bayr. L.R. IV. 18. 30 Nr. 2.

[21] Mayr, L.R. § 126, 2; Beseler, P.R. § 113, 11. Gesetzliche und Generalhypotheken erstreckten sich nicht auf das Lehen Mayr, L.R. § 126, 17.

[22] L.E. 1808 § 89: Ein Lehen kann auch nicht verpfändet... werden.

[23] Vgl. oben § 188, 10 f.

[24] Mayr, L.R. § 130; Beseler, P.R. § 113. VI.

[25] L.E. 1808 § 131: Ein Lehen kann durch letztwillige Verfügungen ohne Bewilligung des Lehensherrn auf andere nicht übertragen werden. § 132: Ein Vermächtniß über ein Lehen ist vollkommen nichtig. § 136: Erbverträge können über Lehen ohne Einwilligung des Lehensherrn nicht eingegangen werden.

[26] L.E. 1808 § 116, 117: Das ohne lehenherrliche Bewilligung veräußerte Lehen kann der Lehenmann selbst gegen Zurückerstattung des Empfangenen wieder vindiziren. Hiezu wird jedoch erfordert, daß die Veräußerung mit gutem Glauben und in der Meinung, es sei ein Allode, von dem Lehenmann geschehen und solches gerichtlich hergestellt sei.

Glauben bewirkt Verlust des Lehens an den Lehensherrn, welchem in dem Moment der vollzogenen Veräußerung [27] ein Vindicationsrecht gegen den Erwerber zusteht [28]. Das Veräußerungsverbot ist zunächst nur im Interesse des Lehensherrn erlassen; da jedoch den Lehenfolgern ein selbstständiges Recht auf das Lehen zusteht, so ist ihnen bei einseitigen Veräußerungen ein Revocationsrecht eingeräumt, das sie indessen nur ausüben können, wenn die Succession an sie gelangt [29]. Gemeinrechtlich steht dieses Revocationsrecht nur den Agnaten des veräußernden Vasallen nicht seinen Descendenten [30] nach Bayrischem Recht aber auch den Descendenten [31] zu. Unter mehreren Lehenfolgern steht das Revocationsrecht dem Einzelnen nach der Ordnung der Erbfolge [32] bei Gleichberechtigten jedem pro rata zu [33]. Das Revocationsrecht der Agnaten ist nach Bayrischem Lehenrecht ausgeschlossen bei einer Veräußerung wegen Lehensschulden und während der Lebzeiten des Lehenmannes [34], dagegen wird es nicht berührt durch den Consens des Lehensherrn [35], und ebensowenig hindert der Consens des näheren Lehen-

---

[27] L.E. 1808 § 110: Die Heimfälligkeit als Strafe tritt nur dann ein, wenn die Veräußerung wirklich vollzogen ist.

[28] II. Feud. 49. pr.; Mayr, L.R. § 122, 8; Beseler, P.R. § 112, 16; Bayr. L.R. § 51, 3; L.E. 1808 § 118: Wenn der Lehenmann die Veräußerung wegen Mangels an gutem Glauben, nicht mehr zurückrufen kann, so steht es dem Lehenherrn frei, das Lehen allenthalben zu vindiziren und an sich zu bringen.

[29] Weber, H.B. IV. 455. Mayr, L.R. § 122, 10. L.E. 1808 § 123 unten Note 36.

[30] Beseler, P.R. § 112, 19, wo die gemeinrechtlich streitige Frage erörtert ist. Die gleiche Ansicht haben Mayr, L.R. § 122, 6 und Gerber § 126, 11. Die gegentheilige Ansicht ist ausgeführt bei Weber, H.B. IV. 456 f.

[31] L.E. 1808 § 122. „Der Widerruf kommt nicht nur den Agnaten und Lehenfolgern von der Seitenlinie sondern auch den Kindern und Descendenten des Veräußerers zu. Jedoch haften diese mit der Allodialerbschaft, insoferne sie sich derselben nicht entschlagen.“ Diese Entscheidung findet sich schon Bayr. L.R. IV. 18. 35 Nr. 6 und Pr. L.R. I. 18. 268.

[32] L.E. 1808 § 120: Unter mehreren Lehenfolgern muß die Ordnung bei dem Widerrufe ebenso, wie bei der Erbfolge selbst, beobachtet werden, dergestalt, daß der Nähere den Entfernteren ausschließt.“

[33] L.E. 1808 § 121: Unter gleich Berechtigten hat der Widerruf pro rata statt, und zwar ohne Unterschied, ob das Lehen an einen unter ihnen selbst oder an einen Dritten veräußert wurde.

[34] L.E. 1808 § 127. b. c.

[35] Beseler, P.R. § 112, 21.

folgers den entfernteren, sein Revocationsrecht geltend zu machen, wenn die Erbfolge an ihn gelangt [36].

Die in Folge der Felonie eintretende Consolidation des ohne Consens des Lehensherrn veräußerten Lehens ist ohne Einfluß auf das Successionsrecht der nicht consentirenden Lehenfolger [37]; sie tritt daher nur ein für den Zeitpunkt bis zu welchem ein Revocationsrecht eines Lehenfolgers geltend gemacht werden kann [38]. Bei theilweiser Veräußerung geht der Widerruf auf das veräußerte Stück [39]. Beschwerung mit dinglichen Rechten bewirkt nicht Heimfall des Lehens oder ein Revocationsrecht sondern ist nichtig [40]. Die Veräußerung wird durch Consens des Lehensherrn und der Lehenfolger gültig [41]; das gemeinrechtlich begründete lehenrechtliche Retraktrecht ist schon durch das Lehenedikt aufgehoben [42].

Abtheilung 3.

Die Lehenfolge.

§ 208.

I. Princip.

Die Lehensfolge ist der Uebergang des durch Hinwegfallen des bisherigen Inhabers erledigten Lehens auf einen durch die Investitur

---

[36] L.E. 1808 § 123: Wenn der nächste Lehenfolger entweder nicht widerrufen will oder nicht kann, so hindert dieß den nachfolgenden nicht, dann, wann die Erbfolge an ihn kommt, den Widerruf anzustellen. § 129: Die Einwilligung schadet nur dem Bewilliger und seinen Erben allein, nicht aber den anderen Lehenfolgern, welche nicht eingewilliget haben.

[37] Beseler § 112, 20.

[38] L.E. 1808 § 127, e: Der Widerruf der Lehenfolger hat nicht statt... e. solange der Veräußerer noch am Leben ist. In diesem Falle hat auf die Lebenszeit des Lehenmannes, wenn das Lehen mit lehenherrlichem Consense veräußert wurde, Derjenige, welcher das Lehen an sich gebracht hat, und wenn es ohne Consens geschehen ist, der Lehenherr, vermög des Heimfalles, den Lehengenuß.

[39] L.E. 1808 § 125.

[40] L.E. 1808 § 111: Die Verpfändung ohne Einantwortung des Lehens, die Kaufs- oder Tauschunterhandlungen, und die Errichtung eines Grundvertrages ziehen die Heimfälligkeit nicht, wohl aber die Nichtigkeit der Handlung und eine willkürliche Strafe nach sich.

[41] II. F. 5. § 1 und 39; Mayr, L.R. § 122, 23; Beseler, P.R. § 112, 21; L.E. 1808 § 91 und § 127 f.

[42] L.E. 1808. § 130.

berechtigten Nachfolger. Von der Civilerbfolge unterscheidet sie sich schon dadurch, daß sie nicht als Repräsentation des letzten Inhabers erscheint, daher von diesem unabhängig und bloße Intestaterbfolge ist [1]. Die Eigenschaft als Lehenanwärter wird durch Abstammung von dem ersten Erwerber des Lehens begründet. Die Reihenfolge, in welcher das Lehenfolgerecht der einzelnen Anwärter zur Ausübung kommt ist die Lehenfolgeordnung [2]. Jenachdem der Successionsordnung das dem gemeinen Recht entspringende Princip des Lehenfolgerechts der Descendenten des ersten Erwerbers zu Grund liegt oder durch besondere Festsetzung die Grundsätze der civilrechtlichen Erbfolge darauf Anwendung finden unterscheidet man Stammlehen (Feuda ex pacto et providentia majorum) [3] und Erblehen (Feuda hereditaria). Die letztere Eigenschaft, welche eine Impropriетät begründet [4], und auf dem Lehenvertrag beruht, kann zu einer unbeschränkten (Feudum hereditarium merum) [5] oder beschränkten (Feudum hereditarium mixtum) [6] Anwendung der Grundsätze der civilrechtlichen Erbfolge führen.

Die Lehenssuccession kann vom Standpunkt des Civilrechts aus betrachtet nur als Singularsuccession angesehen werden, da sie nicht das ganze Vermögen einer Person oder den quoten Theil eines solchen sondern nur ein einzelnes Recht zum Gegenstand hat [7]. Da jedoch gemeinrechtlich nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Descendenten des Vasallen verbunden sind die ihnen deferirte Allodialsuccession des Vasallen anzutreten, und sie diese nicht ausschlagen können ohne zugleich der Lehenssuccession verlustig zu gehen [8], so wird von einem

[1] Die letztwillige Verfügung über das Lehen richtet sich nach den Grundsätzen von der Veräußerung Eichhorn, P.R. § 352, I., oben § 207, 25.

[2] Ueber die Unterscheidung von Lehenfolgerecht und Lehenfolgeordnung vgl. Weber, H.B. III. 377; Beseler, P.R. § 154, 16.

[3] Weber, H.B. III. 342; Bayr. L.R. IV. 18. 6 Nr. 1.

[4] Vgl. Weber, H.B. III. 347.

[5] Mayr, L.R. § 85, 5; Kreittmayr, Anm. c zu L.R. IV. 18. 6.

[6] Mayr, L.R. § 85, 11; Kreittmayr in der Note 5 citirten Stelle.

[7] Kreittmayr, Anm. 27a. zu L.R. IV. 18. 46; Weber, H.B. III. 428; Pätz, L.R. § 101. Vgl, auch die bei Mayr, L.R. § 78, 7 citirten.

[8] II. F. 45: Si contigerit vasallum sine omni prole decedere, agnatus, ad quem universa hereditas pertinet, repudiata hereditate feudum, si paternum fuerit, retinere poterit, nec de debito hereditario aliquid feudi nomine solvere cogitur, sed in fructibus, si quos reliquit, ut de eis debitum solvatur, quo tempore decesserit, secundum quod supra diximus, considerabitur. Ubi vero filium reliquit, ipse non potest hereditatem

Theil der Rechtslehrer angenommen, daß nur die Lehenssuccession der Agnaten Singularsuccession die der Descendenten dagegen Universalsuccession sei [9]. Für die leztere Ansicht fehlt im Bayrischen Recht die Grundlage, da nach diesem die gemeinrechtlich begründete Verpflichtung des Descendenten zur Annahme der Allodialerbschaft seines Ascendenten nicht anerkannt ist [10]. Sie entbehrt aber auch vom Standpunkt des gemeinen Rechts aus betrachtet der Begründung, da nach diesem nicht eine nothwendige Verbindung der Lehen- und Allodialsuccession für die Descendenten gegeben sondern ihnen nur die Ausschlagung der ihnen deferirten Allodialsuccession verboten ist, so daß also auch nach gemeinem Recht der Descendent in der Lage sein kann, nur Lehenssuccessor seines Ascendenten zu werden [11]. Ebensowenig maßgebend sind die Versuche aus der Natur der Lehensfolge ihre Eigenschaft als Universalsuccession zu begründen [12].

§ 209.

II. Voraussetzung.

Das Lehensfolgerecht ist gemeinrechtlich bedingt durch die Abstammung von dem ersten Erwerber des Lehens [1]. Daher sind von der

---

sine beneficio repudiare, sed aut utrumque retineat, aut utrumque repudiet. Quo repudiato, ad agnatos, si paternum sit, pertinebit, et licet alterum sine altero retinere non possit, agnatis tamen consentientibus poterit dominus eum, si voluerit, quasi de novo beneficio investire; quo facto licebit ei repudiata hereditate feudum tenere, nullo onere ei hereditario imminente. II. F. 51. § 4: Filius non potest recusare hereditatem patris absque feudo, propinquus autem potest.

[9] S. die bei Mayr, L.R. § 78, 5 citirten und Eichhorn, P.R. § 353; Beseler, P.R. § 154, 10.

[10] L.E. 1808 § 58: „Der Lehenerbe kann die Allodialerbschaft selbst seines Vaters ausschlagen." Es findet sich diese Bestimmung schon in dem älteren Recht Bayr. L.R. IV. 18. 40 Nr. 8. Dagegen hatte Pr. L.R. I. 18. 266 die gemeinrechtliche Bestimmung beibehalten.

[11] Dieser Fall tritt ein wenn er als Allodialerbe enterbt ist. Weber, H.B. III. 440; Gerber, P.R. § 273, 3. A. M. Mayr, L.R. § 81, 9.

[12] Der Ansicht von Gerber, P.R. § 266 daß die Lehenssuccession eine Universalsuccession in das Lehensvermögen des ersten Erwerbers darstelle, bei welchem das Lehensvermögen als ein dem peculium castrense analoges gesondertes Vermögen anzusehen sei, ist entgegen zu halten, daß man von einem „Vermögen" in unserem Sinn da nicht sprechen kann, wo das wichtigste Ver-

Succession die Seitenverwandten des ersten Erwerbers und ihre Descendenten ausgeschlossen [2], und ebenso erstreckt sie sich nicht auf die Ascendenten, außer soweit sie für diese besonders vorbehalten ist [3]. Voraussetzung ist, daß die Abstammung durch bürgerlich gültige Ehen vermittelt sei. Daher sind Adoptivkinder [4], uneheliche Kinder [5], dann die aus einer nicht vollgültigen Ehe namentlich einer Mißheirath [6] einer morganatischen Ehe [7] oder einer Gewissensehe [8] abstammenden, dann Brautkinder [9] oder die von ihnen abstammenden nicht successsonsfähig. Gemeinrechtlich wird dieser Mangel auch nicht durch Legitimation gehoben [10]; das Bayrische Recht hat jedoch die Legitimation durch nachfolgende Ehe der ehelichen Erzeugung gleichgestellt [11]. Zur Lehensfolge wird außerdem Lehensfähigkeit vorausgesetzt, und es sind daher gemeinrechtlich alle diejenigen von der Lehensfolge ausgeschlossen, welche wegen eines Mangels in den zur passiven Lehenfähigkeit erforderlichen Eigenschaften Lehen nicht empfangen können [12]. In dem Bayrischen Recht sind in Folge der Ausdehnung der Lehenerwerbfähigkeit [13] die gemeinrechtlichen Un-

---

mögensrecht, das Eigenthum, fehlt. Das angebliche Lehensvermögen ist beschränkt auf ein einzelnes dingliches Recht, das Nutzungsrecht; die von Gerber, § 133, 5 versuchte Vergleichung mit dem peculium castrense des römischen Rechts ist daher ganz unzuläßig.

[1] II. F. 23 und 31. Weber, H.B. III. 167.

[2] I. F. 1 § 3. II. F. 11. Beseler, P.R. § 154, 18.

[3] II. F. 50. Successionis feudi talis est natura quod ascendentes non succedunt, verbi gratia pater filio. Weber, H.B. III. 564; Mayr, L.R. § 79, 1; Bayr. L.R. IV. 18. 42; L.E. 1808 § 59: Die Erben in aufsteigender Linie folgen der Regel nach in den Lehen nicht, ausgenommen es hätte sich derjenige, der sich des Lehens zu Gunsten eines Lehennachfolgers begibt, auf dessen unbeerbten Abgang den Rückfall ausdrücklich vorbehalten.

[4] II. F. 26 § 8. Mayr, L.R. § 82, 14. Bayr. L.R. IV. 18. 40 Nr. 3.

[5] II. F. 26 § 11. Mayr, L.R. § 82, 6. Bayr. L.R. IV. 18. 40 Nr. 4.

[6] Weber, H.B. III. 177; Mayr, L.R. § 82, 13.

[7] II. Feud. 26 § 15 und 29. Mayr, L.R. § 82, 12.

[8] Mayr, L.R. § 82, 10.

[9] Weber, H.B. III. 260; Mayr, L.R. § 82, 9; vgl. oben § 48, 26 f.

[10] Vgl. über diese sehr bestrittene Frage Mayr, L.R. § 82, 8; Beseler, P.R. § 156, 4; Gerber, P.R. § 268, 7.

[11] L.E. 1808 § 55: „Die durch nachfolgende Heurath Legitimirten werden den ehelich geborenen gleichgehalten." Es findet sich diese Bestimmung schon Bayr. L.R. IV. 18. 40 Nr. 4.

[12] Vgl. darüber oben § 202, 7; Weber, H.B. III. 267 f.; Mayr, L.R. § 83.

[13] Vgl. oben § 202, 9.

fähigkeitsgründe beseitigt, und es können daher nach dem jetzt geltenden Recht alle zur Succession Berufenen ohne Rücksicht darauf, ob sie die nach früherem Recht erforderlichen persönlichen Eigenschaften haben oder nicht, die Lehenfolge ansprechen. Dagegen hat das neuere Recht eine dem gemeinen Recht und dem früheren Bayrischen Recht nicht bekannte weitgehende Beschränkung der Successionsfähigkeit eingeführt. Nach dem Wortlaut des Lehenablösungsgesetzes [14] ist nämlich bei Lehen, welche allodificirt werden können, der Fortbestand des Successionsrechts der Anwärter davon abhängig, daß, insoferne nicht unter sämmtlichen Betheiligten eine Vereinbarung über ihre gegenseitige Berechtigung zu Stand gekommen ist, die zur Zeit der Erlassung des Gesetzes vorhandenen Anwärter ihr Successionsrecht innerhalb des gesetzlich bestimmten Präclusivtermins von zwei Jahren [15] zur Vormerkung bei den Hypothekenämtern und in eine bei den Appellationsgerichten zu eröffnende Matrikel [16] angemeldet haben. Diese Bestimmung wie sie jetzt vorliegt widerspricht dem Zweck des Gesetzes, welches Aufhebung des Obereigenthums unter Wahrung der Successionsrechte der Agnaten beabsichtigte [17], wie dieß auch in der Gesetzgebung anderer deutscher Staaten hervortritt [18], während nach der jetzigen Fassung durch bloßes Nicht-

---

[14] L.A.G. Art. 4: Ein Consens der Agnaten und Mitbelehnten oder Anwärter ist zur Allodifikation des Lehens nicht nothwendig. Dagegen bleibt es den Betheiligten überlassen, sich über ihre gegenseitigen Berechtigungen durch freies Uebereinkommen zu verständigen. Findet ein solches Einverständniß nicht statt, so steht den Erbfolgeberechtigten das Recht zu, zur Sicherung ihrer Ansprüche deren Vormerkung unter Bezug auf bestehende Dispositionen und Familienverträge bei den Hypothekenämtern und in eine bei den Appellationsgerichten zu eröffnende Matrikel analog mit den Bestimmungen des § 106. Tit. VII. der siebenten Verfassungsbeilage zu verlangen. Zur Anmeldung dieser Ansprüche findet ein präclusiver Termin von zwei Jahren, vom Tage der Publikation dieses Gesetzes anfangend, statt, nach dessen Umlauf ein unbedingter Verzicht der Betheiligten sowohl dem Lehenfiskus als dem Vasallen gegenüber angenommen wird.

[15] Dieser Termin ist am 13. Juni 1850 abgelaufen vgl. Pözl, Comment. 370.

[16] Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist Anmeldung bei den Hypothekenämtern und den Appellationsgerichten erforderlich, und es erscheint daher nicht in die Wahl der Betheiligten gestellt, bei welcher Behörde sie die Anmeldung vornehmen wollen. A. M. Pözl, Comment. 369.

[17] L.A.G. Art. 4. „Die fideicommissarischen Verhältnisse der Lehen sowie die Berechtigung zur Erbfolge in denselben werden hiedurch nicht verändert." Vgl. Pözl, Comment. 365.

[18] S. Judeich, die Grundentlastung in Deutschland 1863 und Vermehren, über den gegenwärtigen Zustand des Lehenwesens 1862.

anmelden der Successionsrechte ein Heimfallen des Lehens also die Unmöglichkeit der Ablösung zu den Möglichkeiten gehörte [19]. Allein da eine gesetzliche Abänderung dieser Bestimmung nicht vorliegt [20], so sind alle diejenigen Anwärter, welche bis zum 13. Juni 1850 ihre Successionsrechte nicht angemeldet haben, mit ihren Nachkommen von der Succession ausgeschlossen [21].

§ 210.

III. Successionsordnung.

Die gemeinrechtliche Lehenfolgeordnung beruht auf der Gleichberechtigung der zur Succession in das Lehen Berufenen, wobei diese in Communion bleiben oder eine Natural- oder Civiltheilung vornehmen können, ohne daß die Abtheilung dem gegenseitigen Successionsrecht der abgetheilten Anwärter präjudicirt [1]. Berufen sind nach gemeinem Recht zunächst die Descendenten aller Grade des letzten Inhabers, wobei die Descendenten des ersten Grades nach Köpfen die entfernteren oder verschiedener Grade nach Stämmen succediren [2]. In Ermanglung von Descendenten succediren die Seitenverwandten des letzten Inhabers, soweit sie von dem ersten Erwerber abstammen. Die gemeinrechtlichen Bestimmungen über die Succession der Seitenverwandten [3] haben zu verschiedenen Auslegungen Veranlassung gegeben, nach welchen man das Gradualsystem [4], das Linealsystem [5] und das Linealgradualsystem [6]

---

[19] Die Bestimmung des L.A.G. Art. 4, wie sie gegenwärtig in Geltung ist, führt zu der Consequenz, daß wenn sämmtliche Anwärter den Anmeldungstermin versäumten, das Lehen gar nicht mehr allodificirt werden könnte. Vgl. unten § 216, 34.

[20] Ueber den 1849 vorgelegten Gesetzentwurf zur authentischen Interpretation des L.A.G. Art. 4 und die darüber gepflogenen Verhandlungen, welche zu keinem Resultate führten, vgl. Pözl, Comment. 343 und 361 f.

[21] Pözl, Comment. 367.

[1] I. F. 1. § 1 und 8 pr. Weber, H.B. III. 413; Mayr, L.R. § 94. Ueber die abweichenden Grundsätze des älteren deutschen Lehenrechts vgl. Beseler, P.R. § 107. II.

[2] I. F. 8. pr. II. F. 11. Weber, H.B. III. 401 f. Mayr, L.R. § 89; Bayr. L.R. IV. 18. 41; Pr. L.R. I. 18. 387. Durch L.E. 1808 § 55 ist auch hier die Primogenitur eingeführt.

[3] II. F. 11 pr., 37. pr., 50. Beseler, P.R. § 156, 2.

[4] Dieß wird namentlich von Majer, deutsche Erbfolge 1805 und Erbfolgelinealismus Tübingen 1808 dann neuerdings von Wasserschleben, Princip der

unterscheidet. Das Bayrische Lehenedikt hat sich, wie dieß schon dem älteren Recht entspricht [7], für das Linealsystem entschieden, jedoch zugleich die Primogenitur eingeführt [8]. Diese Vorschrift war ursprünglich in der Art ausschließend, daß für ältere Lehen nur, insoferne darüber im Lehenbrief eine Bestimmung getroffen war, die Successionsordnung des früheren Rechts erhalten bleiben sollte [9]; durch Gesetz 15/8 1828 ist dieß indessen dahin ausgedehnt worden, daß bei älteren Lehen zur Erhaltung der davon abweichenden Successionsordnung der Nachweis des Herkommens hinreicht [10].

Successionsordnung 1860 vertheidigt. Vgl. über diese Auffassung Weber, H.B. III. 511 f.; Mayr, L.R. § 91; Beseler, P.R. § 156, 4.

[5] Die hauptsächlichsten Anhänger sind: Preuschen, Ausführung Frankfurt 1752; Posse, Erbfolge 1800 und Pätz, L.R. § 109. Vgl. darüber Weber, H.B. III. 494; Mayr, L.R. § 92; Beseler, P.R. § 156, 5.

[6] Die hauptsächlichsten Vertheidiger dieses in neuerer Zeit von den meisten adoptirten Systems sind: Böhmer, jus feudale § 144; Weber, H.B. III. 483; Eichhorn, P.R. § 356; Mayr, L.R. § 93; Beseler, P.R. § 156, 6.

[7] Sowohl das Bayrische Landrecht IV. 18. 43 als das Pr. L.R. I. 18. 388 regeln die Succession der Seitenverwandten nach dem Linealsystem.

[8] L.E. 1808. § 55: Die Lehenfolge beschränkt sich auf den Mannsstamm nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatisch linealischen Erbfolge, dergestalt, daß der Lehenerbe von dem ersten Erwerber aus einer rechtmäßigen ehelichen Geburt abstammen muß.

[9] L.E. 1808 § 56. „Ausnahmsweise kann bei alten Lehen nur dann eine andere Erbfolge oder Ausdehnung auf weibliche Erben statt finden, wenn in dem Lehenbrief hierüber eine abweichende Bestimmung ausdrücklich getroffen ist, in welchem Falle auf die bisher bestandenen Provinzial-Lehengesetze Rücksicht genommen werden soll."

[10] R.L.E. 1828 Art. 7: „Außer den im § 56 des Lehenediktes vom 7. Juli 1808 bezeichneten Fällen soll in Zukunft bei Lehen, welche schon vor der Einführung dieses Edikts constituirt waren, eine von den Bestimmungen des § 55 des nämlichen Edikts abweichende Erbfolge oder eine Ausdehnung auf weibliche Erben auch dann statt finden, wenn der Lehenbrief über die Successionsordnung keine Bestimmung enthält, und wenn zugleich nachgewiesen werden kann, daß eine andere als die im obenallegirten § 55 bestimmte Successionsordnung bei einem Lehen herkömmlich war. In solchen Fällen sollen die vor der Einführung des Lehenedikts bestandenen Lehengesetze und Observanzen der ehemaligen Lehencurien zur Anwendung kommen." Da hiernach die älteren Gesetze nur in Betracht kommen, insoferne sie durch Herkommen für den einzelnen Fall erhalten sind, so ist keine Veranlassung gegeben, hier ausführlicher auf die dort sich findenden Abweichungen von den Grundsätzen des Lehenedikts einzugehen.

§ 211.

IV. Erwerb der Lehenssuccession.

Durch die Lehensfolge wird das Lehen von selbst auf den Lehenfolger übertragen, so daß es einer Antretung von Seite des letzteren nicht bedarf, und das Recht auch ohne solche auf die Lehenserben des Berufenen übergeht [1]. Dieser dem longobardischen [2] sowohl als dem älteren deutschen Lehenrecht [3] entsprechende Grundsatz ist auch in unserem Bayrischem Lehenrecht anerkannt [4].

Abtheilung 4.

Rechtsverhältnisse Dritter zu den Lehenpersonen.

§ 212.

I. Ansprüche der Allodialerben.

Wie gemeinrechtlich so steht auch nach Bayrischem Recht den Allodialerben kein Anspruch auf das Lehen zu. Lehen kommen bei Berechnung des Pflichttheils nicht in Anschlag [1], und da das Bayrische Recht keine erkauften Lehen mehr kennt, so kann auch der gemeinrechtlich begründete Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils wegen des für die Erwerbung eines Neulehens gemachten Aufwandes [2] nicht vorkommen. Allodialerben können gemeinrechtlich von der Lehenfolge ausgeschlossen sein, weil sie von dem Lehenerwerber gar nicht abstammen oder weil sie nicht lehenfähig sind. Nach Bayrischem Recht, welches für die Lehenerbfolge die Primogenitur als Regel aufstellt, gehören dazu auch die nachgeborenen Söhne des Vasallen. Soweit die Lehenserbfolge mit der Allodialerbfolge nicht zusammenfällt, haben die Allo-

---

[1] Weber, H.B. III. 160; Mayr, L.R. § 78, 9; Eichhorn, P.R. § 353; Beseler, P.R. § 154, 23.

[2] II. F. 11. pr. und 33 pr.

[3] Vgl. Beseler, P.R. § 152, 1.

[4] Kreittmayr, Anm. 27. i. zu L.R. IV. 18. 40.

[1] Weber, H.B. IV. 649; Mayr, L.R. § 146, Nr. 3; L.E. 1808. § 57.

[2] Vgl. Weber, H.B. IV. 649; Mayr, L.R. § 146, 27.

dialerben Anspruch auf die Herauszahlungen, welche sich bei der Sonderung des Allods vom Lehen als Aktivansprüche des ersteren ergeben [3]; außerdem haben gemeinrechtlich die Töchter des Vasallen Anspruch auf Dotation [4], der ihnen jedoch nach Bayrischem Recht ausdrücklich abgesprochen ist [5].

§ 213.

II. Ansprüche der Wittwe.

Gemeinrechtlich steht der Wittwe des Vasallen ein Anspruch auf Wittwenversorgung nicht zu; ein solcher ist jedoch in den meisten Partikularrechten ausgebildet [1], und auch im Bayrischen Lehenrecht gegeben. Die Bestimmung eines Witthums bedarf hiernach in der Regel des Consenses des Lehensherrn und der Lehenfolger [2]; doch hat die Wittwe, deren Alimentation aus dem Allodialvermögen nicht sicher gestellt ist, Anspruch auf Bestellung eines Witthums, wozu Consens der Lehenfolger nicht erforderlich [3] jedoch der des Lehenherrn einzuholen ist, der nicht verweigert werden darf, wenn der Betrag des Witthums den dritten Theil der reinen Leheneinkünfte nicht übersteigt [4]. Ist keine frühere von dem Lehenherrn bewilligte Verfügung getroffen, so erfolgt die Feststellung durch das Gericht [5].

§ 214.

III. Ansprüche der Gläubiger.

Da der Lehenmann nicht über die Substanz sondern nur über die Früchte des Lehens verfügen kann, so hat er auch nicht das Recht, die

---

[3] Vgl. unten § 215.

[4] Weber, H.B. IV. 647; Mayr, L.R. § 146, 1; Beseler, P.R. § 114, 18.

[5] L.E. 1808 § 169: Die Töchter können, wenn sie nicht durch besondere Verfügung in dem Lehenbriefe zur Lehenfolge berufen sind, aus dem Lehen keinen Pflichttheil und kein Heurathgut fordern.

[1] Mayr, L.R. § 146, 10; Beseler, P.R. § 114, 19.

[2] L.E. § 163: Mit einem Wittwengehalt kann ein Lehen ohne Consens des Lehensherrn und der Lehenfolger nicht beschwert werden.

[3] L.E. 1808 § 164: In Ermanglung anderer Alimentation der Wittwe des Lehenmannes aus dessen Erbvermögen bedarf es der Einwilligung der Lehennachfolger zur Bestimmung eines Witthums aus den Lehenfrüchten nicht.

[4] L.E. 1808 § 166.

[5] L.E. 1808 § 165.

Substanz des Lehens zu verpfänden [1], und diese kann in der Regel nicht für seine Schulden in Anspruch genommen werden. Im Zweifel sind die Schulden des Lehenmannes als Allodialschulden zu erachten [2], für welche nicht die Substanz des Lehens sondern nur die Gesammtheit der ihm zukommenden Lehenfrüchte haftet [3], und für welche die Lehenfolger nur dann in Anspruch genommen werden können, wenn sie die Allodialerben des Schuldners geworden sind [4]. Indessen giebt es Fälle, in welchen für Schulden des Lehenmannes auch das Lehen selbst haftet. Gemeinrechtlich unterscheidet man gesetzliche und consentirte Lehensschulden, jenachdem zur Entstehung Consens des Lehensherrn und der Lehenfolger erforderlich ist oder nicht. Das Bayrische Recht hat im wesentlichen diese Unterscheidung beibehalten, jedoch mit Modificationen im einzelnen [5]. Es unterscheidet nämlich:

1. Lehenschulden erster Classe. Dieses sind solche, für welche das Lehen primär haftet, und das Allod nur subsidiär in Anspruch genommen werden kann [6], die daher das Lehen von selbst ergreifen und zu ihrer Entstehung der Consentirung der übrigen Lehenspersonen nicht bedürfen. Nach Bayrischem Recht gehören dazu nur Schulden, welche aus Veranlassung einer Verwendung auf das Lehen entstanden sind [7], und es werden dazu nur Verwendungen für Proceßkosten Kriegscontributionen und Herstellung nützlicher Gebäude [8] sowie für Abtragung solcher Lehensschulden [9] gerechnet [10].

---

[1] Vgl. oben § 207, 22.

[2] L.E. 1808 § 148.

[3] L.E. 1808 § 146.

[4] L.E. 1808 § 147.

[5] Die Bestimmungen des Lehenedikts § 144—162 stimmten in der Hauptsache mit den Vorschriften Bayr. L.R. IV. 18. 26—28 überein.

[6] L.E. 1808 § 153: Um diese in die Substanz des Lehens verwendete Schulden haften nicht nur die Lehenfrüchte, sondern auch die Substanz des Lehens, dergestalt, daß das Allode des Lehenmannes nur subsidiarisch angegriffen werden kann.

[7] Gemeinrechtlich sind diese nur eine Art der gesetzlichen Lehensschulden Beseler, P.R. § 114, 20 f.

[8] L.E. 1808 § 151. Bayr. L.R. IV. 18. 26. Nr. 3. Die L.E. 1808 § 152 außerdem genannten Verwendungen für Erkaufung eines Lehens kommen jetzt nicht mehr in Betracht, da die erkauften Lehen allodificirt sind unten § 216, 27.

[9] L.E. 1808 § 154: Dasjenige, was zur Abführung der Lehenschulden erster Gattung verwendet wird, tritt in gleiche Eigenschaft ein.

[10] Gemeinrechtlich werden hieher auch noch andere Verwendungen gerechnet,

2. Lehensschulden zweiter Classe. Dieses sind solche, zu deren Contrahirung der Consens des Lehensherrn und der Lehenfolger erforderlich ist. Der Consens des Lehensherrn wird nur auf bestimmte Zeit und nur bis zur Hälfte des Werthes ertheilt [11]. Die Wirkung des Consenses erstreckt sich aber nur auf die Zeit für welche er gegeben ist [12]. Ohne Consensertheilung durch den Lehensherrn kann keine Lehenschuld zweiter Classe entstehen. Consensertheilung der Lehenfolger ist nach Bayrischem Recht die Voraussetzung der Ertheilung des Lehenherrlichen Consenses [13]; es giebt daher nach Bayrischem Recht keine respektiven Lehensschulden [14]. Der Consens erstreckt sich außer dem Capital auch auf die Zinsen [15]. Für consentirte Lehensschulden haftet die Substanz des Lehens indessen nur subsidiär und unter der

---

namentlich für Absindung der Lehensfolger, Abtragung von Lehensschulden überhaupt, für wesentliche Verbesserungen Mayr, L.R. § 150, Beseler, P.R. § 114, 22 und 23, was aber das Bayrische Recht nicht anerkennt, da L.E. 1808 § 150 nur die in § 151 und § 152 aufgeführten als Lehensschulden 1. Classe d. h. als gesetzliche Lehensschulden erklärt.

[11] R.L.E. 1828 Art. 3: „Consense zur Verpfändung von Ritterlehen, wofür künftig anstatt der in dem Lehenedikte § 94 festgesetzten Kanzleitaxen nur die Taxe eines Attestes zu entrichten ist, sollen, wenn das Lehen auf mehr als zwei Augen steht, bis auf dreißig Jahre, wenn es auf mehr als vier Augen steht, bis auf fünfzig Jahre, und wenn es nach den Statuten eines Creditvereins, von welchem das Capital nachgesucht wird, erforderlich ist, ausnahmsweise auch auf zwei und fünfzig Jahre nach vorhergegangener Zustimmung der lebenden Lehennachfolger ertheilt werden können, jedoch nur auf die Hälfte des Lehenwerthes, dessen Bestimmung übrigens nach eigener Wahl des Lehenbesitzers, entweder nach der Vorschrift vom 12. Dez. 1811 oder auch vermittelst Schätzung geschehen kann, und unter der Verpflichtung für den Lehenbesitzer, mit dem Gesuche um den Consens einen Tilgungsplan zur Genehmigung vorzulegen, und denselben, wie er genehmigt werden wird, zu vollziehen, wenn der Consens auf mehr als fünf Jahre oder wenn die Verlängerung eines abgelaufenen gesucht wird." Nach L.E. 1808 § 99 konnte der Consens nur auf 15 Jahre gegeben werden.

[12] L.E. 1808 § 156.

[13] L.E. 1808 § 106: „Für die Dauer des Consenses haftet nicht nur der Lehenherr bei dem Heimfalle, sondern auch die Lehenfolger. Die Einstimmung derselben muß daher ebenfalls beigebracht werden." R.L.E. 1828 Art. 3 oben Note 11.

[14] A.M. Mayr, L.R. § 155, 11 der indessen die Note 13 aufgeführten gesetzlichen Bestimmungen nicht berücksichtigt.

[15] L.E. 1808 § 158.

Voraussetzung, daß die für den Consens bestimmte Zeit noch nicht abgelaufen [16] oder vor dem Ablauf Klage erhoben ist [17].

§ 215.

IV. Sonderung des Lehens vom Allod [1].

Wenn die Lehenfolge nicht mit der Allodialerbfolge zusammentrifft, wenn also der Lehenfolger gar nicht oder nicht ausschließlich der Allodialerbe des letzten Vasallen ist, dann beim Heimfall des Lehens und bei Concurs des Vasallen muß zur Ausscheidung des Lehens und des Allodialvermögens geschritten werden [2]. Die Sonderung kann gerichtlich oder außergerichtlich geschehen, setzt aber zu ihrer Gültigkeit immer die Mitwirkung des Lehensherrn voraus [3]. Das Verfahren bezweckt:

1. Ausscheidung der zu beiden Massen gehörigen Objekte. Da öfter allodiale Stücke mit Lehengütern verbunden sind, so kann es zweifelhaft sein, welcher von beiden Massen das einzelne Stück angehöre [4]. Das Lehenedikt stellt den allgemeinen Grundsatz auf, daß im Zweifel, insoferne nicht die Lehenbriefe und Reverse und die bei dem obersten Lehenshof anliegenden Beschreibungen Fassionen und Kataster Aufschluß geben, die Präsumtion für die Allodialqualität streite [5], außer wo ein ganzer Körper lehnbar ist, in welchem Fall die Vermuthung dafür spricht, daß alles unbewegliche Eigenthum zu dem Lehen gehöre, und wo bei der Belehnung der Ausdruck „mit Zubehör" gebraucht ist, in welchem Fall gleichfalls die Präsumtion für die Lehensqualität der einzelnen Stücke spricht [7]. Ueber die Behandlung der Lehenspertinentien enthält das Lehenedikt keine Bestimmung; es kommen daher die gemeinrechtlichen Vorschriften zur Anwendung, wonach allodiale Pertinenzen bei dem Lehen bleiben und nur dem Werth nach den Allodialerben vergütet werden [8].

---

16 L.E. 1808 § 157.

17 L.E. 1808 § 160.

1 Weber, H.B. IV. 663 f.; Mayr, L.R. § 140 f.; Beseler, P.R. § 115.

2 L.E. 1808 § 171.

3 L.E. 1808 § 172. 173.

4 Vgl. oben § 201, 16 f.

5 L.E. 1808 § 174. 175.

6 L.E. 1808 § 178.

7 L.E. 1808 § 176.

8 Mayr, L.R. § 142, 7. Vgl. oben § 115, 33.

2. Theilung der Lehensfrüchte. Die nach gemeinem Lehenrecht für die Theilung der Früchte des letzten Jahrs geltenden gesetzlichen Bestimmungen [9] sind in dem Bayrischen Lehenrecht nicht anerkannt, vielmehr werden die für die Theilung der Früchte zwischen Nutznießer und Eigenthümer geltenden Grundsätze [10] analog angewendet [11].

3. Abrechnung bezüglich der gegenseitigen Forderungen. Für den Ersatz der von dem Vasallen bewirkten Meliorationen [12] schreibt das Bayrische Lehenrecht die Anwendung der bei der Nutznießung für die Abrechnung zwischen Nutznießer und Eigenthümer geltenden Grundsätze [13] vor [14]. Bezüglich des Ersatzes der Deteriorationen hat das Lehenedikt keine näheren Bestimmungen getroffen; es kommen hier also die gemeinrechtlichen Grundsätze [15] zur Anwendung.

Abschnitt 3.

Beendigung des Lehenverhältnisses.

§ 216.

Die Beendigung des Lehenverhältnisses kann entweder für alle Lehenspersonen eintreten, oder nur für den Vasallen durch Vereinigung des Nutzeigenthums mit dem Obereigenthum des Lehensherrn (Consolidation), oder nur für den Lehensherrn durch Vereinigung des Obereigenthums mit dem Nutzeigenthum des Vasallen (Appropriation).

I. Beendigung des Lehenverhältnisses für alle Lehenspersonen. Das Lehenverhältniß erlischt:

---

[9] II. F. 28 § 3; Weber, H.B. IV. 674; Mayr, L.R. § 144; Beseler, P.R. § 115, 8 f.

[10] Vgl. oben § 159, 28 f.

[11] L.E. 1808 § 179: „Die Früchte werden zwischen den Allodialerben des Lehenmannes und den Lehenfolgern oder im Heimfall dem Lehenherrn in dem Verhältnisse getheilt, wie das bürgerliche Gesetzbuch die Theilung zwischen dem Nutznießer und Eigenthümer bestimmt.“ Die Theilung erfolgt nach Raten des Kalenderjahrs Erk. 20/3 50 Arends III. 373.

[12] Ueber die nach gemeinem Recht geltenden Grundsätze s. Weber, H.B. IV. 687, Mayr, L.R. § 143, Beseler, P.R. § 115. II.

[13] Vgl. oben § 159, 84 f.

[14] L.E. 1808 § 180.

[15] Vgl. Weber, H.B. IV. 696; Mayr, L.R. § 143; Beseler, P.R. § 115. II.

1. Durch Untergang der Sache, welche zu Lehen gegeben ist [1].

2. Durch Surrogirung, wenn mit Einwilligung des Lehensherrn und der lebenden Lehenfolger der Lehenverband von einem Gut auf ein anderes übertragen wird. Hiedurch wird das bisher lehenbare Gut zu freiem Eigenthum [2].

II. Consolidation. Die Consolidation ist die Vereinigung des Nutzeigenthums mit dem Obereigenthum in der Hand des Lehensherrn. Je nach der Dauer unterscheidet man die immerwährende Consolidation die gegen alle Lehensfolger und die zeitweise die nur gegen den Vasallen allein oder gegen den Vasallen und einzelne Lehensfolger wirkt. Die Consolidation tritt ein:

1. Wegen Felonie. Felonie ist der Bruch der Lehenstreue zu deren Beobachtung der Vasall durch den Leheneid sich eidlich verpflichtet [3]. An sich war ursprünglich nicht jeder Fall des Treubruchs mit Privation des Lehens bestraft [4]; man beschränkte daher den technischen Ausdruck auf diejenigen Fälle der Untreue, für welche Lehensverlust als Strafe angedroht war [5], und unterschied davon die Fälle der Privation für Verbrechen, die nicht in Verletzung der dem Lehensherrn schuldigen Lehenstreue bestanden, als Quasifelonie [6]. Die Anwendung dieser gesetzlichen Bestimmungen ist schon durch die Umgestaltung des öffentlichen Rechts in wesentlichen Punkten nicht mehr möglich, und es ist daher auch durch das Lehenedikt eine nähere Bestimmung erfolgt. Hiernach wird Felonie angenommen bei Verbrechen gegen die Person des Lehensherrn, Annahme fremder Staats- oder Kriegsdienste ohne Erlaubniß des Lehensherrn, bösliche Unterlassung der Lehensmuthung, Veräußerung des Lehens ohne Einwilligung des Lehensherrn, schuldhafte Deterioration des Lehengutes wodurch der

---

[1] Weber, H.B. IV. 727; Mayr, L.R. § 157, 2; L.E. 1808 § 210: Durch den völligen Untergang des Lehens, wenn derselbe außer dem Verschulden des Lehenherrn und des Lehenmannes liegt, wird der Lehenverband dergestalt aufgelöset, daß weder der Lehenherr dem Lehenmann noch dieser jenem eine Entschädigung zu leisten hat."

[2] L.E. 1808 § 207—209.

[3] Weber, H.B. IV. 702; Mayr, L.R. § 103, 18.

[4] Beseler, P.R. § 116, 17 und 19.

[5] Weber, H.B. IV. 710; Mayr, L.R. § 159, 1.

[6] Weber, H.B. IV. 120; Mayr, L.R. § 162; Beseler P.R. § 116, 26. Die Wirkung der Quasifelonie war nicht unter allen Verhältnissen die Consolidation vgl. Mayr, L.R. § 162, 5.

Werth des Lehens um wenigstens ein Drittel vermindert wird [7]. Zur Privation wird vorausgesetzt, daß der Lehenfehler in böser Absicht begangen sei; bloßes Verschulden wird mit willkürlicher Strafe geahndet [8]. Die Privation setzt ein richterliches Erkenntniß voraus [9] und trifft nach Bayrischem Recht nur den Lehenmann nicht die Lehenfolger, auch wenn diese die Allodialerben des straffälligen Vasallen sind [10]. Der Begriff der Quasifelonie ist dem jetzigen Bayrischen Lehenrecht nicht bekannt.

2. Bei Rückfall des Lehens an den Lehensherrn, wenn kein zur Erbfolge berechtigter Anwärter beim Tode des Vasallen vorhanden ist [11].

3. Bei Auffendung des Lehens (refutatio feudi) [12]. Der Lehenmann kann dem Lehenherrn das Lehen zurückgeben, in welchem Fall das Lehen, wenn kein rechtmäßiger Lehenfolger vorhanden ist, dem Lehenherrn ganz außerdem nur für die Lebenszeit des Vasallen anheimfällt [13].

4. Gemeinrechtlich wird die Möglichkeit der Beendigung des Lehenverhältnisses durch Ersitzung des Untereigenthums durch den Lehensherrn angenommen [14], was jedoch nach Bayrischem Recht nicht zuläßig ist [15].

---

[7] L.E. 1808 § 183. Nicht mehr anwendbar sind zwei andere hier aufgeführte Gründe, Verweigerung der schuldigen Lehendienste und schwerer Mißbrauch der gutsherrlichen Rechte, da beide gesetzlich aufgehoben sind.

[8] II. F. 23. pr. und 51 § 2. Beseler, P.R. § 116, 20; Bayr. L.R. IV. 18. 51. Nr. 6. L.E. 1808 § 186: Die Kaduzität findet nur bei einer offenbar bösen Absicht (dolo malo) statt. Bei einem bloßen Verschulden tritt eine willkürliche Strafe ein.

[9] I. F. 21. pr. Beseler, P.R. § 116, 21; Bayr. L.R. IV. 18. 51. Nr. 4; L.E. 1808 § 185: Die Kaduzität kann nur durch einen Ausspruch der ordentlichen Gerichtsstelle erkannt werden.

[10] L.E. 1808 § 188. Die Strafe der Felonie trifft nur den Lehenmann, nicht aber die Lehenerben. Der Lehenherr genießt das Lehen, so lange der straffällige Lehenmann lebt. Nach dessen Tode kömmt es an den rechtmäßigen Lehenfolger, ohne Unterschied, ob er der Allodialerbe des Verstorbenen ist oder nicht." Nach gemeinem Recht erstreckt sich die Privation auf den Vasallen und seine Descendenten Beseler, P.R. § 116, 24, und es galt dieß auch nach Bayr. L.R. IV. 18. 51. Nr. 5.

[11] Beseler, P.R. § 116, 8. L.E. 1808 § 198: Wenn der Lehenmann ohne Hinterlassung rechtmäßiger Lehenerben verstirbt, fällt das Lehen dem Lehenherrn heim, und der Lehenverband wird gänzlich aufgelöst.

[12] L.E. 1808 § 193.

[13] L.E. 1808 § 192.

III. Appropriation. Diese besteht in der Vereinigung des Obereigenthums mit dem Nutzeigenthum und damit Verwandlung des Lehens in freies Eigenthum. Gemeinrechtlich kann sie auch durch Felonie des Lehensherrn und Ersitzung eintreten [16], was jedoch im Bayrischen Lehenrecht nicht anerkannt ist [17]. Nach Bayrischem Recht ist daher die Allodifikation die einzige Art der Appropriation. Diese setzte nach früherem Recht Consens des Lehensherrn [18] und aller Lehenfolger [19] voraus, und erfolgte bei Lehen, die nicht auf dem Heimfall standen, durch Auflegung eines dem zwanzigjährigen Durchschnitt der Lehensbürden und Abgaben entsprechenden Bodenzinses [20], bei heimfälligen Lehen nach besonderer Uebereinkunft [21]. Durch das L.A.G. 4/6 48 ist die Allodifikation neu geregelt. Ausgeschlossen ist die Allodifikation der thronlehenbaren Würden [22] und derjenigen Lehen, welche auf königlicher Dotation [23] oder Staatsverträgen [24] beruhen, insoferne den

---

[14] Mayr, L.R. § 163, 8; Beseler, P.R. § 116, 15; Bayr. L.R. IV. 18. 52 Nr. 1; Pr. L.R. I. 18. 669.

[15] L.E. 1808 § 211: Durch die Verjährung wird der Lehenverband nicht aufgelöst.

[16] Mayr, L.R. § 164, 8 und 9.

[17] Ersteres ist schon Bayr. L.R. IV. 18. 51 Nr. 1 ausgeschlossen. Verjährung ist L.E. 1808 § 211 allgemein als unzuläßig erklärt.

[18] R.L.E. 1828 Art. 5. L.E. 1808 § 201 hatte für Thronlehen und mit Gerichtsbarkeit versehene Kanzleilehen die Allodifikation überhaupt ausgeschlossen, und sie für die übrigen Lehen nur bei Zustimmung aller lebenden Nachfolger gesetzlich zugestanden.

[19] L.E. 1808 § 202.

[20] R.L.E. Art. 6 durch welches die Bestimmungen des L.E. 1808 § 28—33 für anwendbar erklärt sind.

[21] L.E. 1808 § 205. R.L.E. 1828 Art. 6.

[22] L.A.G. Art. 2. a. Vgl. oben § 201, 22 f.

[23] Als Dotationslehen ist dasjenige anzusehen, welches nur aus königlicher Gnade verliehen ist Erk. 25/3 50 Arends III. 363. Nicht begründet ist die Annahme des Aufsatzes Bl. XV. 257 daß zum Begriff des Dotationslehens gehöre, daß die Verleihung zur Belohnung vorzüglicher dem Staat geleisteter Dienste vollzogen und dieß in der Verleihungsurkunde ausgesprochen sei s. Pözl, Comment. 353. Dagegen können nur solche Lehen hieher gerechnet werden, welche auf „königlicher" Dotation beruhen, also nicht vor dem 1. Januar 1806 errichtet sind Pözl, Comment. 353.

[24] Welche Art von Lehen damit gemeint sei ist weder aus den Motiven zum Gesetzentwurf noch aus den Kammerverhandlungen zu ersehen s. Pözl, Comment. 354 und Vf.R. § 71, 6.

letzteren nicht ein lästiger Rechtstitel zu Grund liegt [25]. Durch das Gesetz sind Lehen, welche urkundlich als aufgetragene (feuda oblata) [26] oder gekaufte Lehen (feuda emtitia) [27] nachgewiesen werden, als ohne Entgelt allodificirt erklärt [28]. Es erstreckt sich diese Bestimmung nur auf die Lehen als Ganzes [29]. Durch das Gesetz ist nicht bestimmt, von welchem Zeitpunkt an die Verwandlung in volles Eigenthum eintrete. Da indessen das Gesetz selbst die Allodifikation von dem urkundlichen Nachweis der betreffenden Eigenschaft abhängig macht, so ist jedenfalls ein Antrag des Vasallen und Zugeständniß von Seite des Lehensherrn und in dessen Ermanglung richterlicher Ausspruch erforderlich [30]. Bestritten ist, ob die Allodifikation erst mit dieser Feststellung eintrete [31], oder durch die Feststellung als zur Zeit der Publikation des Gesetzes eingetreten declarirt werde [32]. Da die Allodifikation in diesem Fall auf einem Verzicht des Lehensherrn auf das Obereigenthum beruht, so scheint die erstere Meinung der gesetzlichen Bestimmung mehr zu entsprechen. Alle übrigen Lehen auch die Aktivlehen der Standes-

---

[25] L.A.G. Art. 2.

[26] Ueber den Begriff der feuda oblata vgl. Weber, H.B. II. 68 f., IV. 365 f.; Eichhorn, P.R. § 204, i; Mayr, L.R. § 63, 8; Beseler, P.R. § 105, 7; Bayr. L.R. IV. 18. 8 Nr. 1 und IV. 18. 19; Pözl, Comment. 356.

[27] Ueber den Begriff der feuda emtitia vgl. Mayr, L.R. § 63, 6; Pözl, Comment. 358. Die Ausdehnung auf die von dem Vasallen mit Bewilligung des Lehensherrn von anderen Vasallen erkauften Lehen (feuda emta) ist durch den Wortlaut des Gesetzes von selbst ausgeschlossen. Die Ausdehnung auf die durch Tausch erworbenen Lehen, welche Pözl, Comment. 358 für zuläßig hält, scheint mir mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbar.

[28] L.A.G. Art. 3: Lehen welche urkundlich als aufgetragene (feuda oblata) oder durch den Vasallen vom Lehenherrn erkaufte (feuda emtitia) nachgewiesen werden verwandeln sich in volles Eigenthum ohne Entgelt.

[29] Pözl, Comment. 357 nimmt an, daß nach den Bestandtheilen zu unterscheiden sei, so daß diejenigen Theile eines Lehens, die als offerirt nachgewiesen werden, nach den Bestimmungen des Art. 3 zu beurtheilen seien. Analog müßte dieß jedenfalls auch auf die durch Kauf erworbenen Bestandtheile ausgedehnt werden. Da jedoch das Gesetz eine derartige Unterscheidung nicht macht, so wird es nur nach der Beschaffenheit der Hauptsache zu bestimmen sein, ob die Anwendung des Art. 1 oder Art. 3 gegeben sei, und es wird sich dieß dann auf das ganze Objekt zu erstrecken haben.

[30] Pözl, Comment. 359.

[31] Diese Ansicht ist ausgeführt Bl. f. A. Pr. I. 337.

[32] Diese Ansicht wird vertreten von Pözl, Comment. 358.

herrn [33] können vom Lehenverband befreit werden, und zwar Sohn- und Tochterlehen durch Erlage von ein Prozent Männerlehen durch Erlage von drei Prozent und heimfällige Lehen [34] durch Erlage von zehn Prozent des Lehenfassionswerthes. Den Vasallen steht es frei das Ablösungscapital baar oder in Ablösungsschuldbriefen zum Nennwerth zu bezahlen, oder dasselbe als ein mit 4% verzinsliches Bodenzinskapital auf das bisherige Lehen zu übernehmen [35]. Die Allodifikation ist perfekt, wenn die Ablösungssumme erlegt oder das Bodenzinskapital im Hypothekenbuch eingetragen ist [36], und es ist dazu Consens der Agnaten und Mitbelehnten oder Anwärter nicht erforderlich [37]. Die Ablösung beseitigt nur das Obereigenthum des Lehensherrn, die fideicommissarischen Verhältnisse sowie die Erbfolge in den Lehen werden dadurch nicht berührt [38], doch bleibt es den Berechtigten freigestellt, sich über ihre gegenseitigen Berechtigungen durch freies Uebereinkommen zu verständigen. Ist ein solches nicht getroffen, so wird nach Aussterben der zur Erbfolge Berechtigten das allodificirte Lehengut nach den Grundsätzen der civilrechtlichen Erbfolge vererbt [39].

---

[33] Pözl, Comment. 347. Erk. 27/9 52 Arends IV. 62.

[34] Als solche erklärt das Gesetz diejenigen „die nur noch auf vier Augen stehen, wenn Besitzer und beziehungsweise Anwärter bereits das 50. Lebensjahr erreicht haben." Pözl, Comment. 350 nimmt an, daß Lehen die auf zwei Augen stehen abgelöst werden können, wenn der Besitzer das 50. Lebensjahr noch nicht überschritten habe. Allein diese Auffassung scheint mir in dem Wortlaut des Gesetzes keine Bestätigung zu finden, da dieses ausdrücklich nur Lehen die auf vier Augen stehen für ablösbar erklärt.

[35] L.A.G. 1848 Art. 1.

[36] Pözl, Comment. 352. A. M. ein Aufsatz Bl. f. A. Pr. I. 333, wo Eintritt der Ablösung mit dem Abschluß des Vertrags angenommen wird.

[37] L.A.G. 1848 Art. 4.

[38] Ueber die in dem L.A.G. 1848 Art. 4 den Anwärtern auferlegte Verpflichtung der Anmeldung ihrer Ansprüche vgl. oben § 209, 14 f. Zu den in dem L.A.G. erwähnten Anwärtern, deren Erbfolgerecht durch die Allodifikation nicht berührt wird, gehören nicht die aus einer früheren Exspektanz Berechtigten Erk. 11/5 52 Bl. XVII. 408.

[39] L.A.G. 1848 Art. 4.

Titel 2.

Das Recht der Familienfideicommisse [1].

§ 217.

Einleitung.

Die Entstehung der Familienfideicommisse führt nicht über das 16. Jahrhundert zurück. Dem älteren deutschen Recht war eine Verfügung, durch welche ein Vermögenscomplex dauernd an eine bestimmte Familie gebunden werden konnte, ebensowenig bekannt als dem römischen Recht, dessen Fideicommisse sich von dem deutschen Institut wesentlich unterscheiden [2]. Die Entstehung des deutschen Instituts wird in der Regel mit dem Institut der Stammgüter [3] in Verbindung gebracht, indem man von der Ansicht ausgeht, die Entstehung der Familienfideicommisse sei auf das Bestreben zurückzuführen bei dem Eindringen des römischen Rechts das ursprüngliche Erbrecht gegen die durch das recipirte fremde Recht bedrohten Neuerungen zu schützen [4].

[1] Vgl. Salza, die Lehre von Familien- Stamm- und Geschlechtsfideicommissen Leipzig 1838 und in Weiske R.L. IV. 237 f. Lewis, das Recht des Familienfideicommisses Berlin 1868. Beseler, Erbverträge III. 75 f. Gerber, Beiträge zur Lehre vom deutschen Familienfideicommiß in Abhandlungen Jena 1872, 100 f. Freiesleben, die Familienanwartschaft nach dem neuesten sächsischen Recht Leipzig 1868. Eichhorn, P.R. § 368 f. Mittermair, P.R. § 158. Gengler, P.R. § 56. Maurenbrecher, P.R. § 217. Walter, P.R. § 470. Hillebrand, P.R. § 70. Gerber, P.R. § 83 f. Beseler, P.R. § 176 f. Reyscher, W. P.R. § 677 f. Förster, P. P.R. § 242. Pözl, Bf.R. § 51 f.

[2] Ueber die Unterscheidungsmerkmale der römischen und deutschen Fideicommisse vgl. Salza, F. C. § 21. Lewis, F. F. § 1 und 2. Freiesleben, Familienanwartschaft § 1.

[3] Vgl. über diese Zimmerle, das deutsche Stammgutssystem Tübingen 1857. Gengler, P.R. § 57. Hillebrand, P.R. § 69. Gerber, P.R. § 82. Beseler, P.R. § 175. Stammgüter werden in Bayern jetzt nur bei dem hohen Adel erwähnt F. E. § 102. „Die Verhältnisse der vormals unmittelbaren Fürsten, Grafen und Herren in Beziehung auf ihre Familienfideicommisse und Stammgüter sind in einem besonderen Edikte bestimmt." Vgl. auch Expropr.Ges. 1837 Art. 1: „Die .... Stammgutseigenschaft." Wo das Institut sonst in früherer Zeit sich fand, ist es, wenn es nicht ganz beseitigt wurde, in das Familienfideicommiß des neueren Rechts verwandelt F. E. § 32.

[4] Mittermair, P.R. § 158, 1.

Diese Auffassung entbehrt der Begründung, da die Rechtssätze, deren Durchführung man mit der Ausbreitung dieses Instituts beabsichtigte, die Unveräußerlichkeit der Familiengüter und die Ausschließung der cognatischen Erbfolge, schon lange vor der Reception des römischen Rechts in dem deutschen Erbrecht nicht mehr anerkannt wären, und in den meisten Rechtsgebieten für die Familien der Ritterschaft durch die Gesetzgebung erst neu eingeführt wurden [5]. Das Institut der Familienfideicommisse erscheint daher lediglich als ein Produkt der Doktrin [6], welche an die Grundsätze des römischen Rechts anknüpfend durch Erweiterung der Dispositionsbefugniß das gemeinrechtliche Institut ausdehnte [7]. In dieser Form als erweitertes römischrechtliches Fideicommiß fand das Institut im Bayrischen [8] wie im Preußischen Landrecht [9] Aufnahme.

Mit der Bildung des Königreichs Bayern fand eine völlige Umgestaltung statt, indem die Auflösung aller bisher bestehenden Familienfideicommisse ausgesprochen [10] und die Errichtung neuer Familienfideicommisse nur in der Form der gesetzlich geregelten Majorate gestattet und als ein Vorrecht des Adels erklärt wurde [11]. Dieser Standpunkt

[5] Vgl. die bei Kamptz Jahrbücher der Preußischen Gesetzgebung 46, 264 f. und 47, 97 f. unter dem Titel: „Fragmente über das salische und ripuarische Successionssystem im Ritterstande besonders am Niederrhein" gegebene Zusammenstellung der Gesetzgebung in verschiedenen deutschen Territorien, aus welcher sich ergiebt, daß überall das Bestreben obwaltete die agnatische Succession bei dem Corpus der Ritterschaft gesetzlich zu begründen. Zu diesen Gesetzen gehört auch die Pragmatik wegen den Fideicommissen, Verzicht der adelichen Töchter so anderes 20/4 1672 Kreittmayr, Sammlung S. 82, auf welche sich Bayr. L.R. III. 11. 8 bezieht. Vgl. Pözl, Vf.R. § 6, 3.

[6] Die Entstehung führt zunächst auf Knipschildt zurück s. Lewis, Ff. 27 f. Beseler, P.R. § 176, 1.

[7] Mittermair, P.R. § 158, 3. Hillebrand, P.R. § 70, 4.

[8] Bayr. L.R. III. 10.

[9] Pr. L.R. II. 4. 47—226. Förster, P. P.R. § 242.

[10] Edikt 28/7 1808 § 69 Döllinger V. 26: Die dermaligen Fideicommisse unserer adeligen Familien sind in allen ihren dermaligen rechtlichen Wirkungen aufgehoben ... Edikt 22/12 1811 § 1 Döllinger V. 89: „Durch das Edikt 28/7 1808 sind nicht nur alle Geschlechtsfideicommisse der adeligen und nicht adeligen Familien unseres Reichs sondern auch alle übrigen fideicommissarischen Substitutionen wie sie immer beschaffen sein mögen im allgemeinen für erloschen anzusehen." Vgl. Erk. 3/12 25 und 3/10 35 Du Prel I. 367 und III. 335; 16/4 59 Bl. XXIV. 392.

[11] Edikt über die Majorate 20/12 1811 Döllinger V. 88 f.

blieb in der Hauptsache auch in der mit dem neuen Verfassungsrecht in Verbindung stehenden Gesetzgebung gewahrt, indem das Fideicommißedikt vom 26. Mai 1818 zwar die bisherigen Majorate unverändert fortbestehen ließ, insoferne nicht der Constituent innerhalb zwei Jahren eine Umgestaltung in ein neueres Familienfideicommiß vornahm [12], im übrigen mit Ausnahme der Fideicommisse der Reichsritterschaft und der adeligen Familien in den erst seit 1812 erworbenen Gebietstheilen [13] für Fideicommisse ausschließlich die Bestimmungen des Fideicommißedikts von 1818 als maaßgebend erklärte, und alle entgegenstehenden Vorschriften aufhob [14]. Ergänzt wurde dieses Gesetz durch ein Zusatzgesetz vom 11. September 1825 [15] und die Instruktionen über die Behandlung der Familienfideicommisse vom 2. December 1818 [16] und 3. März 1857 [17], und es sind diese gesetzlichen Bestimmungen auch jetzt noch in Geltung, da der von Seite der Regierung zur Umgestaltung des Instituts vorgelegte Entwurf [18] nicht zum Gesetz erhoben wurde.

---

[12] F.E. § 103. „Der Constituent eines nach Aufhebung der Familienfideicommisse errichteten Majorats kann dasselbe nach den in der Majoratsurkunde bestimmten Rechten fortbestehen lassen, oder in ein Familienfideicommiß nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Ediktes innerhalb zwei Jahren verwandeln."

[13] F. E. § 102 und 104; vgl. unten § 218, 5 und 6.

[14] Vgl. unten § 218, 5 f.

[15] G.Bl. 1825, 32.

[16] Döllinger V. 117.

[17] R.Bl. 1857, 253.

[18] Er ist Verh. R.R. 1849 Beil. B. V. 149 und 1851 Beil. B. I. 309 gedruckt, und wiederholt in der Hauptsache die Bestimmungen des Fideicommißediktes 1818 mit Ausnahme aller derjenigen Punkte, welche das Institut zu einem Vorrecht des Adels machen. Vgl. über diesen Entwurf Pözl, Vf.R. § 51, 14.

Abschnitt 1.

Von den Familienfideicommissen überhaupt.

§ 218.

I. Begriff der Familienfideicommisse.

Das Familienfideicommiß ist ein Vermögenscomplex, welcher durch eine den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Disposition in der Art unveräußerlich an eine Familie gebunden ist, daß er der in der Disposition bestimmten Succession verbleibt [1]. Gemeinrechtlich sind der Disposition des Constituenten keine weiteren Schranken gezogen, sowohl was den Umfang des Familienfideicommisses als die dazu bestimmten Gegenstände und die Art der Succession betrifft [2]; das bayrische Recht dagegen hat die Dispositionsbefugniß nach allen Seiten beschränkt, indem es zur Errichtung das Vorhandensein eines lastenfreien Grundbesitzes von einer bestimmten Größe voraussetzt, und die Stiftung nur für Adelige mit Bestimmung der agnatisch-linealischen Erbfolge mit Primogenitur zuläßt [3]. Während also gemeinrechtlich bei Familienfideicommissen zunächst die Disposition entscheidet, und nur subsidiär, soweit eine solche nicht getroffen ist, die gesetzlichen Bestimmungen zur Anwendung kommen, sind nach bayrischem Recht zunächst die gesetzlichen Bestimmungen maaßgebend und eine diese modificirende Disposition des Stifters nur da zuläßig wo das Gesetz sie ausdrücklich gestattet. Dieß erstreckt sich jedoch nicht auf die Familienfideicommisse der Standesherrn, welche in den Dispositionen über die Fideicommisse in ihren Familien nicht an die Vorschriften des Fideicommißediktes gebunden sind [4].

---

[1] Daß das Familienfideicommiß auf alle Geschlechtsfolger des Constituenten oder eines Dritten bis zum Ausgang des Stammes und Namens überzugehen habe, wie Gerber, P.R. § 84, 1 als Voraussetzung annimmt, entspricht nicht den Bestimmungen des Bayrischen Rechts, nach welchem vielmehr ein Familienfideicommiß auch nur für mehrere Geschlechtsfolger also zeitlich beschränkt begründet werden kann. F. E. § 1 und unten § 236, 3.

[2] Beseler, P.R. § 176. III.

[3] Vgl. unten § 219, § 220 und § 231.

[4] F. F. § 102: „Die Verhältnisse der vormals unmittelbaren Fürsten, Grafen und Herren in Beziehung auf ihre Familienfideicommisse und Stamm-

Die Bestimmungen des Fideicommißediktes von 1818 sind für alle anderen Familienfideicommisse in Bayern die ausschließliche Entscheidungsquelle, mit Ausnahme der nach den Bestimmungen des Edikts 22/12 1811 errichteten Majorate, für welche, soweit sie nicht bis zum 26. Mai 1820 in ein Familienfideicommiß des neueren Rechts verwandelt worden sind, die Bestimmungen des Edikts 22/12 1811 maaßgebend geblieben sind [5], dann der Fideicommisse der ehemaligen Reichsritterschaft [6] und des Adels in den erst seit 1812 mit dem Königreich Bayern vereinigten Provinzen [7], für welche, wenn die einschlägigen Urkunden innerhalb zwei Jahren dem competenten Gericht zur Bestätigung vorgelegt worden sind [8], unter subsidiärer Anwendung der Bestimmungen des Fideicommißediktes 1818 die ursprünglichen Dispositionen bei Bestand bleiben [9].

---

güter sind in einem besonderen Edikte bestimmt." Edikt IV. § 9 oben § 8, 8. Vgl. über die standesherrlichen Fideicommisse oben § 30, 24.

[5] F. E. § 103. „Der Constituent eines nach Aufhebung der Familienfideicommisse errichteten Majorats kann dasselbe nach den in der Majoratsurkunde bestimmten Rechten fortbestehen lassen, oder in ein Familienfideicommiß nach den Bestimmungen des gegenwärtigen Ediktes innerhalb zwei Jahren verwandeln." Vgl. Pözl, Vf.R. § 51, 10.

[6] F. E. § 104. „Bei den Fideicommissen der Familien des vormaligen unmittelbaren Reichsadels, welche noch in ihrem alten Complexe bestehen, und nicht inzwischen an andere Besitzer übergegangen sind, treten die Bestimmungen ein, welche in Ansehung derselben in der Bundesakte gegeben worden, nach welcher in diesem Falle die bestehenden Familienverhältnisse aufrecht erhalten werden."

[7] F. E. § 106: „Die noch bestehenden Fideicommisse anderer adeligen Familien in jenen Provinzen des Reiches, worin durch die Gesetze und Verordnungen an den Fideicommissen nichts verändert wurde, bleiben auch forthin gültig, jedoch müssen sie mit den hierauf sich beziehenden Dispositionen und Familienverträgen den Appellationsgerichten vorgelegt werden, welche sodann nach Vorschrift des § 30 zu verfahren haben."

[8] F. E. § 108.

[9] F. E. § 107. „Die in Gemäßheit der §§ 104 und 106 noch bestehenden oder wieder auflebenden Familienfideicommisse sind in Ansehung der hieraus entspringenden Rechtsverhältnisse in soweit, als die Dispositionen der Constituenten und die Familienverträge nicht ausdrücklich etwas anderes festsetzen, nach dem gegenwärtigen Edikte zu beurtheilen.

§ 219.

II. Gegenstand des Familienfideicommisses.

Gemeinrechtlich kann ein Familienfideicommiß an allen Sachen und Rechten constituirt werden, welche die erforderliche Dauer haben und ertragsfähig sind [1]. Das Bayrische Recht beschränkt dieß insoferne, als es zur Errichtung von Familienfideicommissen nur Immobilien und diesen gleichstehende Rechte zuläßt, und Mobilien nur als Pertinenzen der Immobilien dem Fideicommißverband unterwerfen läßt, wobei, da der zur Errichtung erforderliche Minimalwerth nach der Grund- und Dominikalsteuer bemessen wird, in der Regel nur landwirthschaftliche Güter als zur Fideicommißerrichtung geeignete Objekte erscheinen. Im einzelnen ist zu unterscheiden:

I. Gegenstand des Fideicommisses. Nach Bayrischem Recht kann als geeignetes Objekt zur Errichtung eines Familienfideicommisses verwendet werden:

1. Alles im Königreich [2] gelegene Landeigenthum sammt den mit demselben in natürlicher Verbindung stehenden landwirthschaftlichen Industrialanstalten, insbesondere den Brauereien. Das Gesetz schließt damit die Unterwerfung von Häusern unter den Fideicommißverband nicht aus, jedoch kommen sie bei Berechnung des zur Constituirung erforderlichen Minimalwerthes nicht nach dem Betrag der Haussteuer sondern nach dem der Grundsteuer in Betracht.

2. Die Erträgnisse des früher bestandenen Obereigenthums [3]. Da dieses jetzt aufgehoben ist [4], so sind dahin die fixen Abgaben in Geld und Naturalien zu rechnen, welche früher mit dem Obereigenthum verbunden waren, und die bis zur Ablösung als Reallasten unverändert fortbestehen [5].

3. Die auf einem zum Fideicommiß bestimmten Gute aktiv

---

[1] Lewis F. F. 48. Eichhorn, P.R. § 368. I. Hillebrand, P.R. § 70, 14.

[2] Es sind dazu nur die sieben dießseitigen Kreise zu rechnen, da das französische Recht die Errichtung von Fideicommissen nicht zuläßt, weßhalb in der Pfalz gelegene Grundstücke dem Fideicommißverbande nicht unterworfen werden können.

[3] F. E. § 3, 2.

[4] Vgl. oben § 198, 13.

[5] Vgl. oben § 174, 6 f.

ruhenden fruchtbringenden Realrechte an fremdem Eigenthum, namentlich Geldrenten und Fischrechte [6].

4. Bewegliche Sachen und diesen gleichstehende Rechte können nicht für sich allein zur Bildung eines Fideicommisses dienen, sondern nur als Pertinenzen mit einem Fideicommiß verbunden oder zur Vermehrung eines Fideicommisses (Fideicommißüberschuß) verwendet werden:

a. Die Pertinenzen eines Fideicommisses sind theils dispositive theils gesetzliche. Gesetzliche Pertinenzen sind bei Oekonomieen Vieh und Fahrniß dann der nöthige Samen und das bis zur nächsten Ernte hinreichende Speisegetreide; bei Brauereien das Braugeschirr jeder Gattung und ein nach dem zur Zeit der Fideicommißfolge sich bezeigenden Betrieb des Braugeschäftes nothwendiger halbjähriger Vorrath; bei anderen Industrieanstalten die hiezu gehörigen Maschinen und Werkzeuge aller Art [7].

b. Zum Fideicommißüberschuß können alle Arten von beweglichen Sachen und diesen gleichstehenden Rechten namentlich Geld und Capitalien, Kleinodien, Sammlungen von Gemälden Kunstsachen und Büchern und Hauseinrichtung verwendet werden [8].

II. Größe des Fideicommisses. Das bayrische Recht bestimmt die Größe der Familienfideicommisse, indem es anordnet, daß zur Bildung und dem Bestand eines Familienfideicommisses ein Grundvermögen erforderlich sei, von welchem an Grund- und Dominikalsteuer ein Steuersimplum von 25 fl. entrichtet werde [9], und daß das Grundvermögen in diesem Betrag frei von Lasten sei [10]. Von dem

---

[6] F. E. § 3, 3. „Jurisdictionserträgnisse und fruchtbringende Realrechte auf fremdem Eigenthum, insonderheit Zehnten, unablösliche Geldrenten, das Jagd- und Fischrecht in fremden Waldungen oder öffentlichen Flüssen und Seen, wenn sich diese Rechte mit einem zum Fideicommiß bestimmten Gute im Zusammenhange befinden." Die hier genannten Jurisdictionserträgnisse Zehnten und das Jagdrecht sind jetzt hinweggefallen. Ueber die Bodenzinse vgl. oben § 174. Die Voraussetzung der Unablöslichkeit kann jetzt nicht mehr als zu Recht bestehend angesehen werden, da sie durch gesetzliche Bestimmung allgemein aufgehoben ist.

[7] F. E. § 8 und 9. Vgl. oben § 115, 46.

[8] F. E. § 6.

[9] F.E. § 2. Ueber den Ersatz der jetzt nicht mehr bestehenden Dominikalsteuer vgl. Pözl, Vf.R. § 52, 4. Der so bestimmte Mimimalsatz entspricht einer Gutsrente von 1500—2000 fl.

[10] F. E. § 5.

Vorhandensein dieses Grundstocks ist nicht nur die Entstehung sondern auch der Fortbestand des Familienfideicommisses abhängig. Daher ist die Fideicommißerrichtung eine bedingte, wenn das dazu bestimmte Vermögen die gesetzlich vorausgesetzte Größe noch nicht hat [11], und sie wird aufgelöst, wenn der Bestand durch äußere Umstände unter den gesetzlich bestimmten Werthbetrag sinkt, und die den Betheiligten obliegende Ergänzung innerhalb Jahresfrist nicht erfolgt [12]. Die Voraussetzung der Lastenfreiheit bringt es mit sich, daß der Grundstock entsprechend erhöht werden muß, wenn unablösbare Lasten auf den Fideicommißobjekten haften [13]. Für den Umfang des Fideicommisses ist gesetzlich sonst keine Grenze gezogen, und es kann daher sowohl bei der Errichtung als in der Folge durch jede Art von beweglichem und unbeweglichem Vermögen vermehrt werden [14]. Soweit diese Bestandtheile mit fideicommissarischer Eigenschaft belegt sind [15] können sie als Fideicommißüberschuß bezüglich der Veräußerung [16] und Verschuldung [17] eine von dem Grundvermögen zu unterscheidende Stellung einnehmen.

---

[11] F. E. § 10 und § 28 vgl. unten § 222. Erk. 9/5 46 Bl. XXIII. 200 ist ausgesprochen, daß bedingte Errichtung nur zuläßig sei, wenn die Erfüllung der Bedingung in sicherer Aussicht steht, daß daher in einem Rechtsstreit begriffene Objekte zur bedingten Fideicommißerrichtung nicht geeignet seien.

[12] Vgl. unten § 236, 6.

[13] F. E. § 5. Die für Fideicommisse der erblichen Reichsräthe bestehenden Vorschriften gehören dem öffentlichen Recht an vgl. Pözl, Vf.R. § 52, 7.

[14] F.E. § 6.

[15] F. E. § 6. „Insbesondere ist gestattet, Häuser und Gärten, Geld und Kapitalien, Kleinodien, Sammlungen von Gemälden, Kunstsachen, Büchern u. dgl. und die Hauseinrichtung zu diesem Fideicommißüberschusse mit gleicher fideicommissarischer Eigenschaft zu bestimmen.“ Das Fideicommiß kann auch unbewegliche und bewegliche allodiale Pertinenzen haben, welche lediglich durch den Willen des Besitzers mit dem Fideicommiß verbunden sind, und von ihm willkürlich getrennt werden können. Ueber die Frage wie sie bei Sonderung des Fideicommisses und Allods zu behandeln seien vgl. unten § 235, 7.

[16] Nach Ges. 11/9 25 § 3 kann der Stifter die Zuläßigkeit der Veräußerung des Fideicommißüberschusses zum Zweck der Schuldentilgung aussprechen; vgl. Pözl, Vf.R. § 52, 6 und § 57, 11.

[17] Nur wenn ein Fideicommißüberschuß vorhanden ist kann das Fideicommiß durch besondere Dispositionen des Stifters belastet oder mit Schulden beschwert werden F.E. § 5; vgl. unten § 226, 16.

§ 220.

III. Subjekte des Familienfideicommisses.

Die bei dem Familienfideicommiß in Betracht kommenden Personen sind:

I. Der Stifter (Constituent). Errichten kann ein Familienfideicommiß jeder Handlungsfähige der über sein Vermögen disponiren kann. Es wird dabei weder adeliger Stand noch männliches Geschlecht vorausgesetzt [1]. Die Errichtung eines Fideicommisses kann auch auf königlicher Dotation beruhen [2], was für einzelne Rechtsverhältnisse Abweichungen von den allgemeinen Regeln zur Folge hat [3].

II. Der Fideicommissar. Dieß kann der Stifter selbst sein, indem er das in seinem Eigenthum stehende Vermögen für sich und seine Descendenten in ein Familienfideicommiß verwandelt, oder ein Dritter. Nach Bayrischem Recht kann ein Fideicommiß nur für einen dem erblichen Adel Angehörigen errichtet werden [4], und ebenso können nur Adelige die Eigenschaft von Anwärtern haben und in Familienfideicommisse succediren [5]. Da das bayrische Recht nur Fideicommisse mit agnatisch-linealischer Erbfolge zuläßt [6], so setzt die Errichtung auf Seite des Instituirten männliches Geschlecht voraus. Die Stiftung kann außer der Institution auch eine Substitution enthalten, nämlich für den Fall Bestimmungen treffen, daß die männliche Nachkommenschaft des Instituirten ausstirbt. Dieß kann in der Art geschehen, daß für diesen Fall eine andere Familie zur Succession bestimmt wird [7], oder daß der Stifter die weibliche Descendenz mit fortdauerndem fideicommissarischem Verband beruft [8].

III. Die Anwärter. Als Anwärter erscheinen alle diejenigen, welche durch die Stiftung nach den gesetzlichen Bestimmungen zur Suc-

---

[1] Lewis, F. F. 40, 20 und 41. Pözl, Vf.R. § 53, 1.

[2] F. E. § 31. Pözl, Vf.R. § 53, 7.

[3] Vgl. unten § 221, 21 und § 236, 4. Die aus königlicher Dotation errichteten Fideicommisse fallen mit Abgang des Mannsstammes heim. F.E. § 92, 5.

[4] F. E. § 1. „Familienfideicommisse.... können künftig nur zum Vortheil adeliger Personen und Familien errichtet werden.“

[5] Vgl. unten § 230, 13.

[6] Vgl. unten § 231, 1.

[7] F. E. § 90. Vgl. unten § 231, 5.

[8] Vgl. unten § 227, 1.

cession in das Familienfideicommiß berufen sind, und denen kraft ihres unentziehbaren Erbrechts bestimmte Rechte an dem Fideicommißvermögen nicht nur mit dem Eintritt des einzelnen Successionsfalles sondern schon mit ihrer Geburt und während der Dauer der Rechte des Fideicommißinhabers zustehen. Das bayrische Recht kennt zwei Arten von Anwärtern, die Descendenten des ersten Erwerbers und die Angehörigen der nach Aussterben der instituirten Familie zur Succession in das Familienfideicommiß substituirten Familie [9].

Abschnitt 2.

Errichtung des Familienfideicommisses.

§ 221.

I. Akt der Errichtung.

Früher nahm man die Möglichkeit der Begründung eines Familienfideicommisses durch Gesetz [1], Observanz [2] und Verjährung [3] an; das neuere Recht setzt dagegen eine bestimmte Disposition voraus, womit das bayrische Recht übereinstimmt [4]. Zu dieser Errichtung ist erforderlich:

I. Die Willenserklärung. Diese muß nach der gesetzlichen Bestimmung eine ausdrückliche sein [5], es darf also keinem Zweifel

---

[9] Vgl. unten § 227, 1.

[1] Kreittmayr, Anm. 5 a zu Bayr. L.R. III. 10. 1. Lewis, F. F. 89.

[2] Bayr. L.R. III. 10. 2 Nr. 4 und Kreittmayr, Anm. 5 a zu Bayr. L.R. III. 10. 1. Gemeinrechtlich wird die Möglichkeit der Entstehung eines Familienfideicommisses durch Observanz jetzt allgemein verworfen. Eichhorn, Pr.R. § 368, oo, Mittermair, Pr.R. § 158, 13, Beseler, P.R. § 176, 7, Lewis, F. F. 92—94.

[3] Vgl. Lewis, F. F. 94 f.

[4] F. E. § 17: Familienfideicommisse können nur durch eine ausdrückliche Erklärung entstehen.

[5] F. E. § 17 oben Note 4. Daher sind alle stillschweigenden Fideicommisse ausgeschlossen Pözl, Vf.R. § 54, 3. Die von Lewis F. F. 96, 42 aufgestellte abweichende Meinung entspricht dem jetzigen bayrischen Recht nicht, da die Bestimmungen des bayrischen Landrechts über Fideicommisse jetzt nicht mehr anwendbar sind, und die in früherer Zeit darnach gebildeten Fideicommisse ihre Geltung verloren haben oben § 217, 12.

unterliegen, daß die Errichtung eines den gesetzlichen Bestimmungen entsprechenden Familienfideicommisses beabsichtigt sei. Da es nach bayrischem Recht nicht in den Willen des Disponenten gestellt ist dem Fideicommiß einen beliebigen Inhalt zu geben, so kann nur eine solche ausdrückliche Erklärung für die Begründung eines Fideicommisses als genügend angesehen werden, aus welcher sich die Absicht des Stifters entnehmen läßt, ein den gesetzlichen Bestimmungen des Fideicommißedikts entsprechendes Fideicommiß zu errichten. Es können demnach die Zweifel, wie sie gemeinrechtlich über die Bedeutung einer Disposition vorkommen können [6], nach bayrischem Recht nicht erhoben werden, da hier nur diejenige Willenserklärung als genügend anzusehen ist, welche die gesetzlichen Bestimmungen des Fideicommißedikts reproducirt oder welche sich auf dieselben im ganzen bezieht.

II. Form. Für die Errichtung des Familienfideicommisses ist durch das Gesetz selbst keine bestimmte Form vorgeschrieben, vielmehr ist anerkannt, daß die Errichtung durch eine Handlung unter Lebenden oder eine letztwillige Verfügung erfolgen könne [7]. Hiernach kann ein Fideicommiß errichtet werden:

1. Durch eine Handlung unter Lebenden und zwar:

a. Durch Vertrag [8]. Die Contrahenten können die Errichtung des Fideicommisses für einen der Contrahenten oder auch für einen Dritten vertragsmäßig bestimmen. Als Vertrag unterliegt hier die Fideicommißerrichtung dem notariellen Verbriefungszwang [9].

b. Durch einseitige Disposition. Gemeinrechtlich wird die Möglichkeit der Errichtung eines Fideicommisses durch einseitige Erklärung des Stifters jetzt allgemein angenommen [10], und es ist dieß in dem bayrischen Recht ausdrücklich anerkannt [11]. Unzuläßig erscheint es, eine solche Verfügung wie ältere Schriftsteller thun, unter den Gesichts-

---

[6] Gemeinrechtlich ist es bestritten ob die Anordnung agnatischer Succession, das Veräußerungsverbot u. s. f. hinreiche s. Lewis F. F. 97 f. Nach bayrischem Recht ist die Bestimmung der Successionsordnung unerläßlich, also nicht wie Lewis F. F. 110 für das gemeine Recht annimmt Nebensache.

[7] F. E. § 18.

[8] Lewis F. F. 115. Beseler, Pr.R. § 176, 6.

[9] Notariatsgesetz Art. 14.

[10] Lewis, F. F. 119. Beseler, Pr.R. § 176, I.

[11] F. E. § 31 erwähnt das Ertheilungsdekret der durch königliche Dotation gegründeten oder vermehrten Fideicommisse, was nur als Errichtung durch einseitige Verfügung unter Lebenden ausgelegt werden kann Lewis, F. F. 124.

punkt der Schenkung zu stellen, vielmehr liegt hier eine der Stiftung analoge Disposition vor [12]. Eine besondere Form ist hiefür in dem bayrischen Recht nicht vorgeschrieben; doch ist jedenfalls schriftliche Errichtung in Urkundenform erforderlich [13].

2. Durch letztwillige Verfügung. Diese kann erfolgen:

a. In einem Testament oder Codicill. Die Errichtung in einem Testament kann entweder durch Bestimmung des ganzen Vermögens oder eines quoten Theils desselben (Universalfideicommiß) oder durch Bestimmung einer einzelnen Sache (Partikularfideicommiß) zum Fideicommiß geschehen [14]; ferner entweder durch Einsetzung des Testamentserben oder eines Dritten als Fideicommißerbe. Bei Bestimmung einer einzelnen Sache zum Fideicommiß ist die Zuwendung nur als Vermächtniß aufzufassen [15].

b. In einem Erbvertrag. Dieser kann das Fideicommiß für den Vertragserben oder einen Dritten bestimmen und sich auf das ganze Vermögen oder einen quoten Theil desselben oder einzelne Sachen erstrecken [16]. Von der Errichtung durch Vertrag unter Lebenden unterscheidet sich die Errichtung durch Erbvertrag darin, daß in dem letzteren Fall die Fideicommißstiftung nicht vor dem Tod des Stifters in das Leben treten kann.

III. Dispositionsfähigkeit. Jede Fideicommißerrichtung setzt die Dispositionsfähigkeit des Stifters voraus [17] und zwar sowohl in subjektiver [18] als in objektiver Beziehung, der Stifter muß daher überhaupt und über die zum Familienfideicommiß bestimmten Objekte in dieser Weise und in dem beabsichtigten Umfang verfügen können. Eine Beschränkung hinsichtlich der einzelnen Objekte findet sich in Bayern nach Aufhebung des Grundbarkeitsverbandes nur noch bei Lehen, bei welchen die Verwendung zur Fideicommißerrichtung von der Einwilligung des Lehensherrn und davon abhängt, daß die Erbfolge-

---

[12] Lewis F. F. 120.

[13] Pözl, Vf.R. § 54 Nr. 1.

[14] Lewis, F. F. 112.

[15] Lewis, F. F. 113.

[16] Lewis, F. F. 115.

[17] F. E. § 18. „Von Seite des Constituenten wird zu dieser Erklärung bei einer Handlung unter den Lebenden das freie Dispositionsrecht über sein Vermögen und bei einer letztwilligen Verfügung die Fähigkeit zu testiren erfordert."

[18] Ueber die hier in Betracht kommenden Fragen vgl. Lewis, F. F. 37 f.

ordnung mit der für das Familienfideicommiß geltenden übereinstimme [19]. Bei allodificirten Lehen, bei welchen die bisherige Lehenssuccession beibehalten ist [20], ist die Verwendung zur Fideicommißerrichtung von der Zustimmung der successionsberechtigten Agnaten abhängig. Eine Beschränkung der Dispositionsbefugniß in dem für die Fideicommißerrichtung erforderlichen Umfang kann durch das Pflichttheilsrecht gegeben sein. Durch die Fideicommißstiftung darf der bei dem Tode des Constituenten nach der in diesem Zeitpunkt vorhandenen Kinderzahl von dem gesammten Vermögen mit Einschluß der zum Fideicommiß bestimmten Objekte zu berechnende Pflichttheil nicht verletzt werden [21]. In den Pflichttheil der Kinder kann eingerechnet werden, was ihnen durch das Fideicommiß zugewiesen wird [22]; dem Instituirten kann also sein Pflichttheil in dem Fideicommiß angewiesen sein, und die übrigen Kinder müssen sich anrechnen lassen, was sie durch die Fideicommißstiftung als Abfindung oder Unterhaltsbeitrag erhalten [23]. Soweit nun bei der Errichtung nicht sicher gestellt ist, daß die dereinstige Herauszahlung des Pflichttheils den lastenfreien Minimalbetrag des Fideicommisses nicht berühre, oder doch dessen Ergänzung in der gesetzlich vorgeschriebenen Zeit in Aussicht stehe [25], steht die Pflichttheilsberechtigung der Fideicommißerrichtung entgegen [26].

---

[19] F. E. § 4. „Ein Grundvermögen, welches als Lehen- Erbzins- oder erbrechtsbares Gut im Lehen- oder Grundbarkeitsverbande steht, kann nur mit Einwilligung des Lehen- oder Grundherrn zum Fideicommisse verwendet werden, jedoch muß bei dem Lehen dieselbe Erbfolgeordnung wie bei dem zu errichtenden Fideicommisse stattfinden."

[20] Vgl. oben § 216, 38 f.

[21] F. E. § 19 und 20.

[22] F. E. § 21. „Den zum Pflichttheil Berechtigten kann Dasjenige, was ihnen durch das Fideicommiß zugewiesen wird, in dem Pflichttheil angerechnet, und selbst der ganze Pflichttheil des ersten Instituirten mit der Fideicommißeigenschaft belegt werden, wenn dieses so geschieht, daß er die Wahl hat, ob der das Fideicommiß mit Belastung des Pflichttheils oder den Pflichttheil allein ohne Belastung aber auch ohne die Fideicommißfolge annehmen will."

[23] Vgl. unten § 233, 3.

[24] Vgl. oben § 219, 10.

[25] Vgl. unten § 222, 15.

[26] F. E. § 24, 4. „Bei den durch letztwillige Verfügung errichteten Fideicommissen ist zu beweisen, daß diese Verfügung von den Betheiligten als rechtsgültig anerkannt und kein Notherbe an seinem Pflichttheil verletzt sei."

§ 222.

II. Perfektion.

Für die Perfektion des Fideicommisses gelten nach bayrischem Recht folgende Grundsätze:

I. Richterliche Bestätigung. Das bayrische Recht schreibt abweichend von dem gemeinen Recht [1] zur gültigen Entstehung eines Familienfideicommisses dessen obrigkeitliche Bestätigung vor. Hiernach hat nach vorgängiger Untersuchung das für das zu errichtende Familienfideicommiß zuständige Appellationsgericht die Bestätigung zu ertheilen, welche wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen nicht abgeschlagen werden darf [3]. Das Gericht hat nach vorgängiger Instruktion zunächst durch Ediktalladung die unbekannten Gläubiger zur Anmeldung ihrer Forderungen innerhalb eines Präclusivtermins aufzufordern, und wenn die gesetzlichen Voraussetzungen nachgewiesen sind die Bestätigung in einer besonderen Urkunde zu ertheilen, welche in die Fideicommißmatrikel eingetragen und durch das Regierungsblatt bekannt gemacht wird [4]. Eine Ausnahme ist nur für die durch königliche Dotation gegründeten oder vermehrten Fideicommisse gegeben, bei welchen die gerichtliche Bestätigung wegfällt und die Ausfertigung Immatrikulation und Bekanntmachung der Fideicommißurkunde dem Justizministerium obliegt [5]. Die Bestätigung wird nur bedingt ertheilt, wenn eine der Voraussetzungen zur gültigen Errichtung eines Fideicommisses noch mangelt, und deren Ergänzung in Aussicht steht, wenn z. B. das zur Errichtung eines Fideicommisses erforderliche Grundvermögen den im Gesetz vorgeschriebenen lastenfreien Betrag noch nicht erreicht hat [6].

II. Immatrikulation. Jedes Fideicommiß muß in die bei dem competenten Gericht zu führende Fideicommißmatrikel eingetragen werden; die Führung derselben richtet sich jetzt nach der Verordnung

---

[1] Daß gemeinrechtlich zur Begründung eines Familienfideicommisses Bestätigung nicht erforderlich sei, wird jetzt allgemein angenommen. Vgl. Lewis F. F. 127, 179, Eichhorn, P.R. § 368 i, Beseler, P.R. § 176, 9, Gengler, P.R. 237. 15, Gerber, P.R. § 84, 10.

[3] F. E. § 22—25. Lewis, F. F. 132. Nach Erk. 1/2 58 Bl. XXIII. 189 kann zum Behuf der Instruktion ein vorläufiger Vertreter aufgestellt werden.

[4] F. E. § 26 und § 30.

[5] F.E. § 31.

[6] F. E. § 29.

vom 3. März 1857 [7]. Hienach wird für alle in dem Kreise gelegenen Fideicommisse, welche nach dem Fideicommißedikt zu behandeln sind [8], eine Matrikel angelegt, deren Einrichtung sich nach der der Hypothekenbücher richtet [9]. Jedes Familienfideicommiß erhält ein eignes Folium, das wie die Hypothekenfolien drei Rubriken enthält. In der I. Rubrik werden die vollständige Bezeichnung des zum Familienfideicommiß gehörigen Vermögens, der darauf haftenden Reallasten, der etwa bestimmten besonderen Successionsordnung und Substitution, der zur Ergänzung oder Vermehrung der Substanz bestimmten Fristen, sowie alle daran sich ergebenden Veränderungen eingetragen [10]. Die II. Rubrik enthält die Eintragung des Besitzers und der besonders bestimmten Dispositionsbeschränkungen [11], und die III. Rubrik die Fideicommißschulden I. und II. Classe mit den zu ihrer Tilgung festgesetzten Fristen [12]. Die Fideicommißmatrikel genießt wie das Hypothekenbuch öffentlichen Glauben; die Eintragung in dieselbe ist die Voraussetzung des Fideicommißbestandes. In den Hypothekenbüchern wird die Fideicommißqualität bei den einzelnen Objekten nur vorgemerkt [13].

III. Bedingte Errichtung. Daß der Errichtung eines Familienfideicommisses eine Bedingung sowie ein Anfangstermin beigesetzt werden könne leidet keinen Zweifel [14]. Auch das bayrische Recht erkennt dieß an, indem es in bestimmten Fällen die richterliche Bestätigung nur bedingt ertheilen läßt [15]. Es kann aber auch dem

---

[7] R.Bl. 253 f. Dadurch sind die Bestimmungen des Fideicommißediktes § 16 und der Instruktion über Behandlung der Familienfideicommisse 2/12 1818, § 8—13 Döllinger V. 119 außer Wirksamkeit gesetzt.

[8] Für die standesherrlichen Familienfideicommisse werden besondere Bücher geführt. Vgl. oben § 182, 7.

[9] V. 3/3 57 § 7.

[10] V. 3/3 57 § 8.

[11] V. 3/3 57 §. 9.

[12] V. 3/3 57 § 10.

[13] V. 3/3 57 § 14, 1 und oben § 183, 16.

[14] Vgl. Lewis, F. F. 150 f.

[15] Die Bestätigung wird nur bedingt ertheilt wenn sofort bei der Errichtung ein Mangel an dem erforderlichen Grundstockvermögen sich zeigt, in welchem Fall das Fideicommiß bis zur erforderlichen Ergänzung unter Administration gestellt wird F.E. § 10, sowie wenn Notherben vorhanden sind, für welche bei der Bestätigung das Recht auf den Pflichttheil vorbehalten werden muß F.E. § 29.

Stifter das Recht, die Entstehung seinerseits von einer Bedingung abhängig zu machen, umsoweniger abgesprochen werden, als er ja auch das bedingungslos errichtete und bestätigte Fideicommiß wieder aufheben kann, wenn noch Niemand durch Uebergabe oder Vertrag Rechte daran erworben hat [16]. Solche Bedingungen dürfen sich jedoch nur innerhalb der durch das Fideicommißedikt gezogenen Schranken bewegen, d. h. sie dürfen das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen nicht in Frage stellen [17].

Abschnitt 3.

Rechtsverhältniß der Betheiligten.

Abtheilung 1.

Rechte des Fideicommißinhabers.

§ 223.

I. Princip.

Gemeinrechtlich ist es bestritten, welches Princip dem Recht des Fideicommißinhabers zu Grund liege, indem die einen den jeweiligen Nachfolger [1], andere den Constituenten [2], oder die Familie [3],

---

Ueber die Voraussetzungen der bedingten Errichtung vgl. Erk. 9/5 46 Bl. XXIII. 200 oben § 219, 11.

[16] F.E. § 94 vgl. unten § 236.

[17] Da nach bayrischem Recht ein Familienfideicommiß nur für Adelige errichtet werden kann, so ist eine Fideicommißstiftung für einen Nichtadeligen mit der Bestimmung daß er den Adel erwerbe nicht eine bedingte sondern gar keine Fideicommißstiftung. A. M. Lewis, F.F. 151, 3. Das gleiche wäre nach bayrischem Recht der Fall, wenn der Stifter ein Geldkapital bestimmt um damit den zur Fideicommißerrichtung nöthigen Grundbesitz zu erwerben; hier liegt nicht eine bedingte Fideicommißerrichtung sondern der Auftrag an den Instituirten vor ein Fideicommiß zu errichten.

[1] Vgl. Lewis F.F. 180, 4.

[2] S. die bei Lewis, F.F. 183 angeführten.

[3] Vgl. Lewis, F.F. 185. S. dagegen Beseler, P.R. § 176, 23. Ueber die damit in Verbindung stehende Auffassung der Familie als Corporation vgl. unten § 227, 7.

als Eigenthümer ansehen und demnach dem jedesmaligen Inhaber nur ein Nutzeigenthum an dem Fideicommißvermögen einräumen, während eine andere Meinung das Eigenthum des Fideicommisses dem jedesmaligen Inhaber, den Anwärtern nur ein eventuelles Successionsrecht an dem Fideicommisse zuschreibt [4]. Schon das Bayrische [5] und Preußische [6] Landrecht haben sich für die Meinung erklärt wonach das Eigenthum der Familie zusteht und der Inhaber nur Nutzeigenthum hat, und es ist diese Auffassung auch in das Fideicommißedikt übergegangen. Hiernach steht das Fideicommiß in dem Miteigenthum des Fideicommißinhabers und der Anwärter [7]. Der Inhaber ist durch die Rechte der letzteren insoferne beschränkt, als er nur ein Nutzungsrecht demnach nicht die Befugniß einer die Substanz ergreifenden Disposition hat, und bei Ausübung seines Nutzungsrechts für Erhaltung der Sache Sorge tragen muß.

§ 224.

II. Das Nutzungsrecht.

Für den Inhalt des Nutzungsrechts des Fideicommißinhabers gelten folgende Grundsätze:

1. Der Inhaber hat Anspruch auf den vollen Fruchtgenuß [1] und daher auch auf Detention des Objekts [2]. Er bezieht alle Natural- und Civilfrüchte der Sache und ihrer Accessionen [3]. Er hat demnach Anspruch auf die regelmäßigen Erträgnisse ländlicher Grundstücke [4],

---

[4] Lewis F.F. 186; Mittermair P.R. § 158. 17.

[5] Bayr. L.R. III. 10. 13. Nr. 1.

[6] Pr. L.R. II. 4. 72.

[7] F.E. § 42. Das Eigenthum des Fideicommißvermögens steht nicht dem jedesmaligen Besitzer desselben allein sondern auch den übrigen zur Nachfolge Berechtigten (Anwärtern) zu. Lewis, F.F. 185, vgl. oben § 198, 5.

[1] F.E. § 44: „ihm gebührt die Verwaltung und der Genuß des Fideicommisses." Pözl, Vf.R. § 57, 15. Lewis, F.F. 189, 6. Der Genuß kann dem Besitzer auf nicht länger als 20 Jahre entzogen werden F.E. § 45, für welchen Zeitraum auch jeder Anspruch der Wittwen und anderer Familienglieder auf einen Bezug aus dem Fideicommiß hinwegfällt F.E. § 47.

[2] Pözl, Vf.R. § 57, 2.

[3] Die Accessionen werden Bestandtheile des Hauptgutes Lewis F.F. 196, 41.

[4] Lewis F.F. 189.

die forstmäßige Nutzung der Waldungen [5], die Erträgnisse der Jagd und Fischerei soweit sie nach dem jetzt geltenden Recht mit dem Eigenthum verbunden sind [6]. Ebenso fällt ihm der auf dem Fideicommißgut gefundene Schatz zu, soweit der Eigenthümer Anspruch darauf hat [7]. Dem Fideicommißinhaber gehören ferner alle Civilfrüchte, welche die Sache trägt, oder welche er durch die von ihm vorgenommenen Dispositionen über die Sache produzirt [8]. Er erwirbt die Naturalfrüchte mit der Separation [9]. Der Fideicommißinhaber hat außerdem die Ausübung der mit dem Fideicommiß verbundenen Aktivrechte namentlich des kirchlichen Patronats anzusprechen [10].

2. Der Fideicommißinhaber hat die Verpflichtung die zum Fideicommiß gehörigen Gegenstände in gehörigem Stand zu erhalten [11], und haftet für alle Pflichtversäumniß [12]. Er hat daher den gewöhnlichen Unterhalt der Sache zu besorgen, und mäßige Reparaturen auf eigne Kosten vorzunehmen [13], während er bei außerordentlichen Reparaturen Ersatz aus dem Fideicommiß anzusprechen hat [14]. Ebenso hat er die auf die Sache bezüglichen Processe zu führen [15], deren Kosten er jedoch nach bayrischem Recht aus dem Fideicommiß ersetzt erhält [16]. Der Besitzer hat ferner alle auf dem Fideicommiß haftenden Lasten [17] zu tragen, wobei er nur für außerordentliche Lasten Ersatz aus der Substanz anzusprechen hat [18].

Der Fideicommißbesitzer darf keine Aenderungen an der Fidei-

---

[5] Lewis F.F. 190.

[6] Lewis, F.F. 190.

[7] Bayr. L.R. II. 3. 4 Nr. 3. Pr. L.R. I. 9. 94. Lewis F.F. 193.

[8] Lewis, F.F. 196.

[9] Lewis, F.F. 189, 10. A. M. Pözl, Bf.R. § 53, 17 der die Früchte erst mit ihrer Perception in das Eigenthum des Inhabers übergehen läßt; die erstere Ansicht entspricht den Bestimmungen des gemeinen und bayrischen Rechts über den Fruchterwerb des Nutzeigenthümers vgl. oben §. 144, 3.

[10] Lewis, F.F. 198.

[11] F.E. §. 44.

[12] F.E. § 73 unten § 235, 11.

[13] Lewis, F.F. 211.

[14] F.E. § 56 und 60. Lewis F.F. 211.

[15] Lewis, F.F. 215.

[16] F.E. § 56, 3.

[17] F.E. § 44. Lewis, F.F. 213.

[18] F.E. §. 56, 4 und §. 60. Lewis, F.F. 214.

commißsache vornehmen, welche eine Deterioration enthalten. Dagegen ist er an der Vornahme von Veränderungen, welche eine Verschlechterung nicht enthalten, nicht weiter gehindert, und es können ihm namentlich nicht die dem Usufruktuar bestimmten Beschränkungen auferlegt werden [19]. Auch steht ihm die Befugniß zu die zum Fideicommiß gehörigen Sachen zu verpachten, wobei jedoch die Nachfolger an den Pachtvertrag nur gebunden sind, insoferne derselbe den Zeitraum von 9 Jahren nicht übersteigt [20].

§ 225.

III. Veräußerung.

Als allgemeine Regel gilt, daß der Fideicommißinhaber das Familienfideicommiß weder ganz noch theilweise einseitig veräußern dürfe. Dieser Grundsatz ist wie gemeinrechtlich [1] so auch im Bayrischen Recht [2] anerkannt. Es erstreckt sich dieses Verbot auf alle freiwilligen Veräußerungen und Belastungen, daher auf Veräußerung der Substanz durch irgend ein Rechtsgeschäft [3], dann Bestellung von Servituten [4] und Reallasten [5] sowie auf Verpfändung [6], jedoch nicht auf Expropriation [7], das Arrondirungsverfahren [8] und das Grenzregulirungsverfahren [9]. Veräußerung wegen Schulden findet nach bayrischem Recht nur dann statt, wenn Fideicommißschulden erster Classe abzuzutragen sind, und das Fideicommißgericht nach vorgängiger Vernehmung der Anwärter zu der Ueberzeugung gelangt, daß die fälligen

---

[19] Lewis, F.F. 202 f.

[20] F.E. § 48.

[1] Lewis, F.F. 222.

[2] F.E. § 48: Der Fideicommißbesitzer kann eigenmächtig das Fideicommiß mit einer neuen bleibenden Bürde oder Dienstbarkeit nicht belegen, ebensowenig die zum Fideicommisse gehörigen Güter durch Tausch, Verkauf, Vergleich, oder auf andere Weise veräußern. Verpachtungen, die auf mehr als neun Jahre abgeschlossen sind, verbinden den Nachfolger nicht.

[3] Lewis, F.F. 224.

[4] Lewis, F.F. 226 vgl. oben § 143, 14.

[5] Hier finden die für Servituten geltenden Grundsätze analoge Anwendung.

[6] Vgl. unten § 226.

[7] Vgl. oben § 141, 45.

[8] Vgl. oben § 122, 18.

[9] Vgl. obeu § 118, 29.

Forderungen auf andere Weise nicht befriedigt werden können, und deßhalb seine Einwilligung ertheilt, wobei jedoch die zum Fideicommiß gehörigen Grundstücke nur in Ermanglung anderer zur Zahlung dieser Schulden geeigneter Objekte verwendet werden dürfen [10]. In allen anderen Fällen setzt die Veräußerung oder Belastung von Fideicommißbestandtheilen Zustimmung der Anwärter und des Fideicommißvertreters [11] sowie des competenten Fideicommißgerichts [12] voraus, wobei außerdem bei Lehen und durch königliche Dotation gegründeten Fideicommissen die königliche Einwilligung ertheilt werden muß [13]. Eine Ausnahme ist nur bezüglich der Fideicommißkapitalien gemacht, indem zur Verwendung derselben für Auslagen, welche unter die Fideicommißschulden I. Classe gehören, nur Vernehmung der Anwärter und Genehmigung des Gerichts erforderlich ist [14]. Bei jeder Veräußerung von Fideicommißobjekten muß ein Plan zur Ergänzung der Substanzverminderung durch Fristenzahlungen des Besitzers und seiner Nachfolger vorgelegt werden [15]. Ueber die Wirkung der einseitigen Veräußerung sind die Meinungen getheilt, indem die einen die Veräußerung für die Lebensdauer des veräußernden Inhabers als gültig ansehen, und erst nach seinem Tode ein Revokationsrecht der Anwärter entstehen lassen [16], die anderen nur bei testamentarisch bestimmten Fideicommissen Nichtigkeit der Veräußerung sonst nur ein Klagrecht der Anwärter auf das

---

[10] F.E. § 65.

[11] F.E. § 51.

[12] F.E. § 49. „Zu allen Veräußerungen, desgleichen zu allen Veränderungen an der Substanz des Fideicommisses, z. B. durch Ankauf eines Guts aus den vorhandenen Fideicommißkapitalien, durch Ablösung fruchtbringender Realrechte wird nach Vernehmung der Anwärter die Genehmigung des Gerichts erfordert." § 66. „Außer diesem Falle können solche Immobilien und Realrechte nicht anders als mit Einwilligung aller bekannten Anwärter und des Fideicommißvertreters, wenn einer bestellt ist, sodann mit Genehmigung des Gerichts veräußert und diese Genehmigung kann nur alsdann ertheilt werden, wenn die Veräußerung dem Fideicommisse einen beträchtlichen und bleibenden Nutzen gewährt." S. einen Rechtsfall Erk. 18/8 71 Sammlung I. 283. Durch Disposition des Stifters kann die Zuläßigkeit der Veräußerung des Fideicommißüberschusses zum Zweck der Schuldentilgung ausgesprochen sein vgl. oben § 219, 16.

[13] F.E. § 50.

[14] F.E. § 64.

[15] F.E. § 69.

[16] Salza, F.C. 155. Walter, P.R. § 471, 3.

Interesse annehmen [17], und eine dritte Meinung bei allen Fideicommissen die einseitige Veräußerung für nichtig hält [18]. Das bayrische Recht entscheidet für die letztere Meinung. Hienach ist die unconsentirte Veräußerung oder Belastung von Fideicommißobjekten nichtig [19], und es hat zwar nicht der veräußernde Fideicommißinhaber selbst [20] wohl aber jeder Fideicommißanwärter und der etwa bestellte Fideicommißvertreter das Recht die Revokationsklage zu stellen. Die Revokationsklage kann nach gemeinem Recht erst mit dem Anfall der Succession gestellt werden [21]; nach älterem bayrischem Recht war, da die einseitige Veräußerung Verlust des Rechtes des Fideicommißinhabers nach sich zog [22], die Entstehung der Revokationsklage unmittelbar mit der Veräußerung gegeben [23]; dieß ist auch in dem neueren Recht anerkannt, obwohl nach diesem die einseitige Veräußerung von Seite des Inhabers nicht mehr mit Verlust des Rechtes bestraft wird [24]. Da jeder Berechtigte die Revokationsklage nur stellen kann, wenn ihm das Successionsrecht angefallen ist, so sind gemeinrechtlich bei Stellung der Revokationsklage die Agnaten nach der Reihenfolge ihres Successionsrechts legitimirt [25]; nach bayrischem Recht ist diese Voraussetzung jedoch nicht gegeben, vielmehr ist hienach jeder Anwärter als solcher zur Klagstellung berechtigt [26]. Der

---

[17] S. die bei Lewis, F.F. 235, 71 citirten.

[18] S. die bei Lewis, F.F. 235, 72 citirten.

[19] F.E. § 52: Jede Veräußerung oder Belastung der Substanz des Fideicommisses ohne Genehmigung des Gerichts ist nichtig, und kann nicht nur von jedem Fideicommißfolger, sondern auch von jedem Anwärter, sowie von dem Vertreter des Fideicommisses, wenn einer bestellt ist, selbst von jenen Anwärtern, welche in die Veräußerung oder Belastung eingewilligt haben, und von ihren Nachkommen angefochten und das Veräußerte, wenn es in unbeweglichen Gütern besteht, von jedem dritten Inhaber zurückgefordert werden. In wie ferne die Vindication beweglicher Sachen gegen den dritten Inhaber stattfinde, oder der Schuldner eines zum Fideicommisse gehörigen Kapitals durch Zahlung an den Fideicommißbesitzer von der Schuld befreit werde, ist nach den Civilgesetzen zu beurtheilen. Die vindicirten Bestandtheile des Fideicommisses sollen wieder mit demselben vereinigt werden.

[20] Dieß ist Bayr. L.R. III. 10. 25. Nr. 1. ausdrücklich ausgesprochen und auch nach dem Fideicommißedikt als begründet anzunehmen Lewis, F.F. 249.

[21] Lewis, F.F. 243, 98.

[22] Bayr. L.R. III. 10. 23. Nr. 2.

[23] Lewis, F.F. 248, 130.

[24] Lewis, F.F. 249.

[25] Lewis, F.F. 243 und 252.

[26] Lewis, F.F. 249.

Klagestellung steht auch nicht entgegen daß der Kläger Descendent [27] oder Allodialerbe [28] des Veräußerers ist, oder daß er in die Veräußerung gewilligt hat [29]. Die Revokationsklage geht nach Bayrischem Recht auf Herausgabe des veräußerten Gegenstands zum Behuf der Wiedervereinigung mit dem Fideicommiß [30]. Der Beklagte hat gemeinrechtlich keinen Anspruch auf Restitution des dafür gezahlten Preises durch den Kläger, vielmehr kann er seine deßfallsigen Rechte nur gegen den Veräußerer geltend machen [31]; dagegen hat er Anspruch auf Ersatz der darauf gemachten Verwendungen nach den für die Eigenthumsklage geltenden Grundsätzen [32]. Die Verjährung der Revokationsklage richtet sich nach den allgemeinen für die Klagenverjährung geltenden Regeln [33].

§ 226.

IV. Verschuldung.

Aus der Unveräußerlichkeit des Fideicommisses folgt von selbst die Unzuläßigkeit der einseitigen Verschuldung desselben [1], und es finden in dieser Hinsicht die im Lehenrecht geltenden Grundsätze analoge Anwendung. Daher gilt der allgemeine Grundsatz, daß die Substanz des Fideicommisses für die Allodialschulden des Inhabers nicht haftet, die Gläubiger des Fideicommißinhabers vielmehr nur an die Früchte des Fideicommisses sich halten können, soweit sie dem Schuldner zukommen [2]. Gemeinrechtlich steht die Verschuldung des Fideicommisses

[27] Gemeinrechtlich ist es bestritten ob die Descendenten des Veräußernden zur Klagestellung berechtigt seien Lewis, F.F. 253.

[28] Ausdrücklich ausgesprochen ist dieß Bayr. L.R. III. 10. 24 Nr. 1, und es ist auch für das jetzt geltende Recht als begründet anzunehmen. Auch gemeinrechtlich werden die Allodialerben zur Klagestellung als legitimirt angesehen von Salza, F. C. 155, 11, Mittermair, Pr.R. § 158, 44, Beseler, Pr.R. § 176, 37. A. M. Eichhorn, Pr.R. § 371 d, Gerber, Pr.R. § 84, 12, Lewis, F.F. 254 f.

[29] F.E. § 52. Nach gemeinem Recht wird der consentirende Agnat als auf die Revokationsklage verzichtend erachtet. Lewis, F.F. 253, 151.

[30] F.E. 52.

[31] Lewis, F.F. 262. Dieß ist im Gebiet des Preußischen Landrechts nicht anwendbar oben § 149, 57.

[32] Lewis, F.F. 262 vgl. oben § 149, 48 f.

[33] Lewis, F.F. 268.

[1] Lewis, F.F. 291.

[2] F.E. § 53: Für die Allodialschulden des Fideicommißbesitzers haftet die

in dem Belieben der Interessenten, indem nicht nur die subsidiäre Haftung des Fideicommisses für alle Schulden des Stifters [3] sondern auch die Zuläßigkeit der Verschuldung durch den Stifter selbst und durch den Fideicommißinhaber nach erfolgter Einwilligung sämmtlicher Interessenten [4] angenommen wird. Die gewöhnliche Meinung geht daher dahin, daß bezüglich der Verschuldung des Fideicommisses die für die Verschuldung der Lehen geltenden Grundsätze analoge Anwendung leiden [5]. Hievon weicht das Bayrische Recht insoferne ab, als es weder dem Stifter noch den Interessenten die willkürliche Verschuldung des Fideicommisses gestattet, die Constituirung von Fideicommißschulden vielmehr nur bei dem Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen zuläßt. Diese Voraussetzungen sind verschieden, je nachdem eine Fideicommißschuld als solche erster oder zweiter Classe eingetragen werden soll.

I. Fideicommißschulden erster Classe. Als Titel zur Eintragung einer Fideicommißschuld erster Classe sind erklärt:

1. Die bei Errichtung des Fideicommisses auf der Substanz des Fideicommisses bereits haftenden Forderungen [6] also alle auf den das Fideicommiß bildenden Objekten eingetragenen Hypotheken.

2. Die bei Errichtung des Fideicommisses von dem Stifter ausdrücklich als Fideicommißschulden erster Classe auf das Fideicommiß angewiesenen Forderungen [7].

Substanz des Fideicommisses nicht, und selbst dessen Früchte können dafür nicht weiter in Anspruch genommen werden, als sie dem schuldenden Besitzer nach Abzug der Fideicommißlasten zukommen, und mit Vorbehalt der Competenz. Die Fideicommißfolger können daher um die Allodialschulden des Vorgängers nur in so ferne belangt werden, als sie entweder zugleich dessen Allodialerben sind, oder sich für eine Schuld verbürgt haben.

[3] Lewis, F.F. 292.

[4] Lewis, F.F. 300.

[5] Gerber, P.R. § 84, 15.

[6] F.E. § 39. „Die Gläubiger des Constituenten können sich bei dieser Erneuerung an das neu gebildete Fideicommiß in der Art halten, daß 1. jene Forderungen, welche entweder nach den vormaligen Fideicommißrechten, oder nach dem gegenwärtigen Edikte auf der Substanz des Fideicommisses haften, deßgleichen jene Schulden, welche nach der gesetzlichen Aufhebung der Familienfideicommisse unter ausdrücklicher Verpfändung eines vormaligen Fideicommißgutes contrahirt wurden, als Fideicommißschulden erster Klasse 2. alle übrigen Schulden aber als Fideicommißschulden zweiter Klasse angesehen werden."

[7] F.E. § 56 ... 1. Diejenigen, welche bei der Errichtung des Fideicommisses auf dasselbe mit ausdrücklicher Bestimmung dieses Vorzugs angewiesen wurden,

3. Verwendungen für den Ankauf eines dem Fideicommiß einverleibten Gutes [8].

4. Der Betrag der Prozeßkosten für die die Substanz des Fideicommisses betreffenden Rechtsstreite [9].

5. Der Betrag der für das Fideicommiß erlegten feindlichen Contributionen [10].

6. Der Betrag für Herstellung nothwendiger oder nützlicher Gebäude [11].

7. Die für Abtragung von Fideicommißschulden erster Classe verwendeten Beträge [12].

Die Errichtung einer Fideicommißschuld erster Classe setzt Genehmigung des competenten Fideicommißgerichts voraus, welches eine Untersuchung über das Vorhandensein der gesetzlichen Voraussetzungen anzustellen und in zweifelhaften Fällen die Fideicommißanwärter zu vernehmen hat [13]. Eine Ausnahme ist nur begründet bezüglich der bei Errichtung des Fideicommisses auf den dazu gehörigen Objekten bereits lastenden Hypotheken [14].

II. Fideicommißschulden zweiter Classe. Als Titel zur Constituirung von Fideicommißschulden zweiter Classe sind erklärt:

1. Alle Forderungen an den Stifter, welche nicht zur Eintragung als Fideicommißschulden erster Classe sich eignen, und nicht aus seinem Allodialvermögen gedeckt werden können [15].

2. Alle durch Krankheit, Aufwand für Erziehung oder Versorgung mehrerer Kinder, Ausstattung der Töchter, Antritt eines Civil- oder Militärdienstes, eintretende Verehelichung, Unglücksfälle in der Oekono-

---

insbesondere die Pflichttheile der Notherben des ersten Constituenten, soferne sie nach Uebereinkunft der Interessenten als ein Kapital auf dem Fideicommisse liegen bleiben.

[8] F.E. § 56 . . . 2. Diejenigen, welche zum Ankauf eines dem Fideicommisse einverleibten Gutes verwendet oder mit demselben übernommen wurden.

[9] F.E. . . . 3. Die auf nothwendige Prozeßkosten in Streitigkeiten, welche die Substanz des Fideicommisses betreffen, und zur Erzielung gerichtlicher Vergleiche, zu deren Beendigung . . . .

[10] F.E. § 56, 4.

[11] F.E. § 56, 5.

[12] F.E. § 56, 6.

[13] F.E. § 57.

[14] Vgl. oben Note 6.

[15] F.E. § 39, 2 oben Note 6.

mie oder schwere Kriegslasten verursachten außerordentlichen Kosten, welche weder aus den Früchten des Fideicommisses noch aus den Allodialvermögen des Fideicommißinhabers bestritten werden können [16].

Fideicommißschulden II. Classe dürfen nur errichtet [17] werden, wenn außer dem erforderlichen Betrag des Grundvermögens noch weiteres fruchtbringendes Vermögen vorhanden und dieser Fideicommißüberschuß nach Abzug aller bereits darauf haftenden Lasten und Schulden durch die neue Schuld nicht über ein Drittheil beschwert wird, welche letztere Voraussetzung jedoch durch Verfügung des Constituenten modificirt werden kann [18]. Die Errichtung einer Fideicommißschuld II. Classe setzt überdieß Zustimmung des Fideicommißnachfolgers der Anwärter und des Fideicommißvertreters und Genehmigung von Seite des Fideicommißgerichtes voraus [19].

---

[16] F.E. § 60.

[17] Die Beschränkung auf den Fideicommißüberschuß sowie die Bestimmung über Consens der Anwärter und gerichtliche Genehmigung gilt nicht für die gegen den Stifter begründeten und als Fideicommißschulden II. Classe constituirten Forderungen. Würde durch den Betrag derselben der erforderliche freie Güterwerth angegriffen, so würde dadurch die Constituirung des Fideicommisses suspendirt vgl. oben § 221, 15.

[18] F.E. § 59. „Ein bestehendes Fideicommiß kann mit einer Fideicommißschuld zweiter Classe nur dann beschwert werden, wenn der Fideicommißinhaber zur Bestreitung nothwendiger und unvermeidlicher die Substanz des Fideicommisses selbst nicht betreffender Ausgaben in Ermanglung hinreichenden Allodialvermögens einer Kapitalsaufnahme bedarf, und wenn bei dem Fideicommisse außer dem erforderlichen Betrage des Grundvermögens noch ein weiteres fruchtbringendes Vermögen vorhanden ist, dieser Ueberschuß auch nach Abzug aller darauf bereits haftenden Lasten und Schulden durch die neue Schuld nicht über ein Drittheil beschwert wird, vorbehaltlich dessen, was der Constituent besonders verfügt hat. Dabei ist in Ansehung der unbeweglichen Güter nicht der Schätzungspreis sondern das Steuerkapital zur Richtschnur zu nehmen." Der hier ausgesprochene Vorbehalt der Bestimmung des Constituenten ist nicht auf die Contrahirung überhaupt sondern nur auf die Beschränkung bezüglich des Fideicommißüberschusses zu beziehen, da die allgemeine Regel, daß die Entstehung und der Bestand des Fideicommisses von dem Vorhandensein eines bestimmten reinen Aktivwerthes bedingt ist, durch Disposition des Stifters nicht alterirt werden kann.

[19] F.E. 61. „Das Gericht hat bei jedem Gesuche um Bewilligung einer Fideicommißschuld zweiter Classe hierüber den nächsten Fideicommißnachfolger, die Anwärter, und den Vertreter des Fideicommisses, wenn einer bestellt ist, nach § 51 zu vernehmen, und wenn sie in die Schuld einwilligen, ohne erhebliche Gründe die Genehmigung nicht zu versagen, dagegen aber auch diese im

III. In Ansehung der mit dem Fideicommiß verbundenen Lehen kommen hinsichtlich der Verschuldung die Grundsätze des Lehenrechts [20] zur Anwendung [21]. Die Errichtung einer Fideicommißschuld setzt Vorlage und Genehmigung eines Schuldentilgungsplans [22] und Eintragung in die Fideicommißmatrikel [23] voraus. Die Fideicommißschulden I. Classe gehen den Fideicommißschulden II. Classe vor, und unter sich haben die Fideicommißschulden jeder Classe den Vorzug nach der Zeit ihrer Eintragung [24].

Falle eines von denselben erfolgenden Widerspruches ohne hinreichende Gründe nicht zu ertheilen, und dabei besonders auf die Veranlassung der Schuld, auf den Betrag des noch unbeschwerten Vermögens, und die dadurch gegründete Erwartung ihrer früheren Tilgung, auf die im Zahlungsplan bestimmten kürzeren oder längeren Fristen und auf die Beschaffenheit des Widerspruchs ihr Augenmerk zu richten."

[20] Vgl. oben § 214.

[21] F.E. § 63.

[22] F.E. § 69. „Mit jeder Fideicommißschuld und mit jeder die Substanz des Fideicommisses vermindernden Handlung ist ein Plan zu verbinden, wie aus den Früchten des Fideicommisses die darauf gelegten Schulden getilgt oder die an der Substanz desselben geschehenen Verminderungen durch bestimmte und von dem dermaligen Besitzer sowohl als von den Nachfolgern zu entrichtende Fristen ergänzt werden sollen. Dieser Tilgungs- und Ergänzungsplan ist mit Rücksicht auf den Betrag und die Lasten des Fideicommisses so einzurichten, daß in jährlichen Fristen, sobald es geschehen kann, insbesondere für die zur Aussteuer der Töchter verwendeten Summen in solchen Raten, welche dem vorigen Unterhaltsbezuge gleich sind, die Schulden getilgt, und die an der Substanz geschehenen Verminderungen ergänzt werden. Niemals dürfen die jährlichen Fristen weniger, als fünf vom Hundert am Kapital betragen; der Fideicommißbesitzer muß sich aber höhere Summen gefallen lassen, so lange ihm der Ertrag des normalmäßigen Grundvermögens übrig bleibt. Das Gericht kann die einmal bestimmten Fristen nur aus besonders erheblichen Ursachen verlängern."

[23] F.E. § 57. Ueber die Einrichtung der Fideicommißmatrikel vgl. V. 3/3 57 § 7—11 Rbl. 258. Durch Instruktion 2/12 1818 § 14 f. war ein besonderes Fideicommißschuldenbuch eingeführt, das durch die oben erwähnte Verordnung von 1857 aufgehoben wurde.

[24] F.E. § 55.

Abtheilung 2.

Rechtsverhältniß der Anwärter.

§ 227.

Für das Rechtsverhältniß der Anwärter gelten folgende Grundsätze:

I. Bestimmung der Eigenschaft. Anwärter sind nach Bayrischem Recht nur die ehelichen männlichen Descendenten des ersten Erwerbers, sei dieß der Stifter selbst oder ein Dritter, und die Angehörigen der nach Abgang der ersten Familie zur Nachfolge berufenen zweiten Familie [1]. Die Angehörigen der letzteren sind zwar auch Anwärter, allein sie üben, so lange die erste Familie nicht ausgestorben ist, nur die Rechte aus, welche die Erhaltung der Substanz des Fideicommisses bezwecken [2], haben daher namentlich nicht das Recht der Ergänzung und der Revokation. Andere in der Fideicommißstiftung Substituirte sind nicht Anwärter [3]. Das Recht der Anwärter ist mit der Geburt gegeben, und es werden die civilrechtlichen Bestimmungen über die rechtliche Stellung der nascituri [4] auf sie angewendet [5].

II. Natur ihres Rechtes. Gemeinrechtlich ist das Recht der Anwärter nur als eventuelles Successionsrecht anzusehen, da der Inhaber des Fideicommisses als Eigenthümer erscheint, dessen Befug-

---

[1] F.E. § 84: „Ein Fideicommiß kann nicht nur zum Vortheil einer Familie, sondern auch nach Abgang der ersten Familie oder des Mannsstammes derselben zum Vortheil einer andern Familie errichtet werden. In diesem Falle hat die letzte Familie, so lange die erste noch nicht erloschen ist, zwar alle aus dem Miteigenthume fließenden die Erhaltung der Substanz bezielenden Rechte, aber die übrigen Rechte ruhen, bis an sie die Nachfolge gefallen ist." Wie sich die Eigenschaft des Anwärters in dieser zweiten Familie bestimme hat das Gesetz nicht näher erläutert. Allein zweifellos sind, wenn nichts anderes bestimmt ist, alle zur Zeit der Perfektion der Stiftung lebenden oder als nascituri vorhandenen Agnaten dieser Familie mit ihren ehelichen männlichen Descendenten als Anwärter anzusehen.

[2] S. unten Note 9 f.

[3] Dieß gilt namentlich von der Erbtochter, welche nach F.E. § 90 als Fideicommißnachfolgerin substituirt werden kann.

[4] Vgl. oben § 20, 14.

[5] Pözl, Vf.R. § 55, 5.

nisse durch das unentziehbare Erbrecht der Anwärter beschränkt sind [6]. Nach den Grundsätzen des Bayrischen Rechts dagegen haben die Anwärter das Obereigenthum des Fideicommisses, und sind in dieser Eigenschaft in Verbindung mit dem Inhaber als Miteigenthümer anzusehen [7]. Diese Befugniß ist ein ihnen mit der Geburt zukommendes Recht, ohne daß man sie, wie dieß von manchen Seiten geschehen ist, als eine juristische Person anzusehen hätte [8].

III. Befugnisse der Anwärter. Den Anwärtern steht die Befugniß zu

1) alle Maaßregeln zu treffen, welche zur Erhaltung des ungeschmälerten Bestandes des Fideicommisses dienen. Sie können namentlich die Errichtung eines Inventars und Sicherung der Schuldbriefe über die zum Fideicommiß gehörigen Capitalien durch Stellung auf den Namen des Fideicommisses und gerichtliche Deposition [9], dann den Nachweis der Leistung der von dem Fideicommißbesitzer aus dem Fideicommiß zu erlegenden Fristenzahlungen [10] verlangen, bei Nichterfüllung der ihm in dieser Hinsicht obliegenden Verpflichtungen oder der schuldigen Leistungen an Familienglieder sowie der für Tilgung der Fideicommißschulden für Wiederherstellung der geminderten Substanz oder für die Mehrung derselben zu zahlenden Beträge [11] sowie bei übler Verwaltung der Fideicommißgüter Anzeige bei Gericht erstatten [12], und Sequestration des unbeweglichen sowie Deposition des

[6] Vgl. oben § 223, 4 und Mittermair, P.R. § 158 VI.

[7] Dieß spricht das F.E. § 43 und 84 ausdrücklich aus vgl. oben § 223, 7. Es ist dieß indessen nicht dem Institut der Fideicommisse eigenthümlich, sondern ist eine Consequenz der im Bayrischen und Preußischen Landrecht ausgesprochenen und in der Bayrischen Gesetzgebung recipirten allgemeinen Auffassung des getheilten Eigenthums vgl. oben § 198, 5.

[8] Vgl. oben § 32, 17.

[9] F.E. § 43, 1 und 2; vgl. unten § 228, 6 und 9.

[10] F.E. § 70: In allen Fällen, wo die fristenweise Rückzahlung einer Fideicommißschuld oder die Wiederherstellung eines eingezogenen Fideicommißkapitals oder der sonst verminderten Substanz vorgeschrieben oder eine Mehrung derselben durch fristenweise Zahlungen des Fideicommißbesitzers von dem Constituenten angeordnet ist, können nicht nur die Anwärter von dem Besitzer den Beweis der geleisteten Fristzahlung verlangen, sondern auch die Gerichte denselben anhalten, daß er sich wegen geleisteter Rückzahlung ausweise, oder für die wiederherzustellende oder zu vermehrende Substanz entweder das baare Geld oder hypothekarische Schuldbriefe bei Gericht hinterlege.

[11] F.E. § 72.

[12] F.E. § 43, 3.

beweglichen Vermögens beantragen [13], und sowohl für Erhaltung der Substanz als für Erfüllung der fideicommissarischen Anordnungen wachen und darüber in den geeigneten Fällen die gerichtliche Hilfe nachsuchen [14].

2. Den Anwärtern steht das Recht zu, wenn das Fideicommiß ohne Schuld des Besitzers in seinem Bestand unter den gesetzlichen Minimalbetrag herabsinkt, in Verbindung mit dem Fideicommißbesitzer oder für sich allein innerhalb eines Jahres zur Erhaltung des Fideicommisses das mangelnde zu ergänzen [15].

3. Freiwillige Veräußerung von Fideicommißobjekten sowie die Contrahirung von Fideicommißschulden II. Classe ist nur mit Zustimmung der Anwärter zuläßig [16]. Bei unzuläßiger Veräußerung von Fideicommißobjekten kann jeder Anwärter sofort die Revokationsklage stellen [17].

4. Der Anwärter hat das Recht der Succession in das Familienfideicommiß nach der für dieses geltenden Successionsordnung [18].

IV. Entstehung und Verlust des Rechts. Das Recht der Anwärter wird

1. Erworben durch die Bestimmung des Stifters, welche entweder auf schon lebende Personen das Recht übertragen oder die künftigen Descendenten als Anwärter bezeichnen kann, in welchem Fall das Recht für jeden Successionsfähigen mit der Erzeugung gegeben ist.

2. Verloren

a. durch Aufhören der Successionsfähigkeit namentlich Verlust des Adels [19].

b. Durch Verzicht. Jeder Anwärter kann auf sein Recht verzichten, und verliert dadurch alle mit dieser seiner Eigenschaft verbundenen Rechte. Bestritten ist ob ein solcher Verzicht nur für die Person des Verzichtenden wirke, oder ob dadurch auch die Descendenz des Verzichtenden, soweit ihre Erzeugung erst nach dem Verzicht fällt, ihre Ansprüche verliere [20]. Für die letztere Meinung spricht die Analogie

---

[13] F.E. § 71 und § 96 unten § 228, 10.

[14] F.E. § 43, 4.

[15] F.E. § 95 vgl. oben § 219, 12.

[16] Vgl. oben § 225, 11 und § 226, 19.

[17] Vgl. oben § 225, 19.

[18] Vgl. unten § 229 f.

[19] Vgl. oben § 230, 13.

[20] Die erstere Meinung wird vertreten von Mittermair, P.R. § 158, 48—52,

des Lehenrechts und der Umstand, daß die Eigenschaft als Anwärter bei der späteren Descendenz nicht unmittelbar von dem ersten Erwerber übertragen sondern durch die dazwischen liegenden Anwärter vermittelt wird, daher eine ununterbrochene Reihe von berechtigten Anwärtern voraussetzt [21].

Abtheilung 3.

Anordnungen zur Erhaltung des Familienfideicommisses.

§ 228.

Die Anordnungen zur Erhaltung des Fideicommisses sind theils durch die Gesetze vorgeschrieben theils sind sie fakultativ von der Bestimmung des Stifters oder dem Antrag der Interessenten abhängig. Als solche sind in dem Bayrischen Recht bestimmt:

I. Die Inventarerrichtung [1]. Bei Errichtung des Fideicommisses ist eine umständliche Anzeige aller Bestandtheile des Fideicommisses vorzulegen [2]; diese werden in der Bestätigungsurkunde aufgeführt [3], in die Fideicommißmatrikel eingetragen [4], und in dieser

---

Gerber, P.R. § 84, 18, Hillebrand, Pr.R. § 70, 24, Beseler, P.R. § 176, 38, Lewis F.F. 271, Eichhorn, P.R. § 371 d; für die letztere erklären sich Salza, F. E. § 82 und Gengler, P.R. § 240, 34; auch das Bayrische Recht ist hieher zu rechnen, da nach diesem der Consens aller lebenden Anwärter die Veräußerung gültig macht vgl. oben § 225, 12.

[21] S. die Ausführung der dafür vorgebrachten Gründe bei Lewis, F.F. 273.

[1] Vgl. Lewis, F.F. 154 f.

[2] F.E. § 24, 1.

[3] F.E. § 30.

[4] F.E. § 16: „Bei jedem Appellationsgericht wird eine eigne Matrikel geführt, welche die in dessen Bezirk befindlichen Familienfideicommisse mit einer vollständigen Anzeige des dazu gehörigen Grund- und anderen Vermögens, dessen Ab- und Zugänge .... dann alle an dem Fideicommisse mit Genehmigung des Gerichts vorgegangenen Veränderungen enthält." V. 3/3 57 § 8: Die erste Rubrik der Familienfideicommißmatrikel hat die vollständige Bezeichnung des sämmtlichen zum Fideicommisse gehörigen sowohl Grund- als anderen Vermögens und der allenfalls darauf haftenden Reallasten zu enthalten .... von den Mobilien und dergleichen Zugehörungen, welche sich bei dem Fideicommisse befinden, ist, — vorbehaltlich der im § 4 des Gesetzes vom 11. September 1825, die Anwendung und Vollziehung einiger Bestimmungen des Ediktes über die Familienfideicommisse betreffend enthaltenen Vorschrift, nur eine allgemeine Anzeige mit

werden fortlaufend alle Veränderungen angegeben [5]. Außerdem sind die Anwärter berechtigt, jederzeit die Errichtung eines ausführlichen Inventars zu verlangen, das bei der Trennung des Fideicommisses und Allods zu Grund gelegt wird [6].

II. Sicherheitsleistung. Gemeinrechtlich wird angenommen, daß dem Besitzer die Pflicht der Cautionsleistung obliege [7], was jedoch dem Bayrischen Recht nicht entspricht [8]. Nach diesem haben die Anwärter nur das Recht zu verlangen, daß die Schuldbriefe über die zum Fideicommiß gehörigen Capitalien auf den Namen des Fideicommisses als Gläubiger gestellt und bei Gericht zur Verwahrung hinterlegt werden [9], und bei übler Verwaltung der Fideicommißgüter Sequestration der unbeweglichen Bestandtheile und Deposition der beweglichen Zugehörungen zu erwirken [10]. Die Einleitung einer Admi-

---

Beifügung der Schätzungssumme unter Hinweisung auf das bei den Akten aufzubewahrende genaue Verzeichniß derselben zu machen, ebenso von den zum Fideicommisse gehörigen Aktivcapitalien unter Beifügung der Gesammtsumme des Nominalbetrages."

[5] V. 3/3 57 § 8: „Durch nachträglichen Eintrag aller Zu- und Abgänge oder sonstiger Veränderungen welche sich an dem Fideicommißvermögen ergeben ist der Vortrag in dieser Rubrik stets in richtigem Zustand zu erhalten."

[6] F.E. § 43: Vermöge des Miteigenthums sind die Anwärter berechtiget: 1) zu verlangen, daß alle zum Fideicommiß gehörigen Sachen in ein ordentliches Verzeichniß gebracht und darin die beweglichen nach ihrer Beschaffenheit, Zahl, Größe, Gewicht oder Werth genau beschrieben werden. Dieses Verzeichniß dient bei jeder Besitzveränderung und bei Absonderung des Fideicommisses vom Allodium zur Richtschnur." Vgl. Erk. 19/6 71 Sammlung I. 194.

[7] Lewis, F.F. 161 f.

[8] Pözl, Vf.R. § 55 Nr. 3. Da das F.E. keinerlei darauf bezügliche Verordnungen enthält, so ist auch eine Verpflichtung des Inhabers dazu nicht begründet, um soweniger als F.E. § 43 und 71 den Anwärtern nicht das Recht Cautionsstellung zu verlangen sondern nur auf Sequestration und Deposition anzutragen einräumt. Erk. 1840 Bl. X. 253 ist daher ausgesprochen, daß wenn ein Antrag auf Deposition nicht vorliege, die zum Fideicommiß gehörigen Schuldurkunden dem Besitzer ohne Caution in Händen zu belassen seien.

[9] F.E. § 43, 2.

[10] F.E. § 71: Zeigt sich bei einem Fideicommißbesitzer eine dem Fideicommisse verderbliche Wirthschaft, so kann und soll das Fideicommiß auf Anrufen der Interessenten oder des benannten Fideicommißvertreters vom Gericht in Administration gesetzt werden. Läßt sich aus der erwiesenen übeln Wirthschaft des Besitzers nur eine Gefahr für die in dessen Händen befindlichen beweglichen Zugehörungen des Fideicommisses befürchten, so können ihm auf Anrufen der Interessenten diese abgenommen und einem Familiengliede zur Verwahrung

nistration kann auch dann beantragt werden, wenn der Fideicommißinhaber mit den aus dem Fideicommiß zu erfüllenden Leistungen im Rückstand bleibt [11], nicht aber durch freiwillige Unterwerfung des Fideicommißbesitzers herbeigeführt werden [12]. Die Administration des Fideicommisses soll wenn es möglich ist einem Familienglied übertragen werden [13].

III. Beaufsichtigung. Zur Beaufsichtigung der Fideicommißverwaltung kann der Constituent die Bestellung eines Curators (Vertreters) anordnen, welchem die Pflicht obliegt für die Erhaltung des Fideicommisses zu sorgen [14], und der in allen Fällen, in welchen zu einer Handlung die Zustimmung der Anwärter erforderlich ist, gehört werden muß [15]. Die Bestellung des Vertreters sowie die nähere Bestimmung seiner Competenz hängt lediglich von den Anordnungen des Stifters ab.

Außerdem sind nach Bayrischem Recht die Fideicommisse der Beaufsichtigung der competenten Gerichte nach folgenden Grundsätzen unterworfen:

1. Das competente Gericht ist das Appellationsgericht, in dessen Sprengel das Fideicommißvermögen belegen ist [16]. Diesem steht die vorläufige Instruktion und die richterliche Bestätigung [17] sowie die Führung der Fideicommißmatrikel [18] zu.

übergeben, oder nach Umständen selbst in gerichtliche Verwahrung genommen werden. § 96: Ist aber die Abminderung des Fideicommißvermögens aus eigenem Verschulden des Besitzers entstanden, so können die Anwärter verlangen, daß dasselbe in Administration gesetzt und der Normalwerth des Fideicommisses während der Administration wieder hergestellt werde.

[11] F.E. § 72: Die vorbemerkte Administration des Fideicommisses kann auch alsdann eintreten, wenn der Besitzer hinsichtlich der schuldigen Leistungen an die Familienglieder, oder für Tilgung der Fideicommißschulden, oder für Wiederherstellung der geminderten Substanz, oder für deren Mehrung seine Obliegenheiten nicht erfüllt.

[12] Erk. 3/12 66 Bl. XXXII. 43.

[13] F.E. § 72.

[14] Er kann daher wie die Anwärter auf Sequestration und Deposition antragen F.E. § 71.

[15] So bei Veräußerungen F.E. § 51. 52. 66; Constituirung einer Fideicommißschuld F.E. § 61; Auflösung des Familienfideicommisses F.E. § 97.

[16] Pözl, Vf.R. § 54, 5.

[17] Vgl. oben § 222, 3.

[18] Vgl. oben § 222, 9 f.

2. Das Fideicommißgericht hat in den gesetzlich vorgeschriebenen Fällen einen Fideicommißvertreter zu ernennen und die Administration des Fideicommisses zu bestellen [19].

3. Dem Fideicommißgericht steht die Beaufsichtigung der Verwaltung des Fideicommisses zu, und es hat die Befugniß gegen üble Verwaltung des Inhabers auf Antrag der Interessenten oder von Amtswegen einzuschreiten [20].

4. Zu allen Handlungen, welche den Kreis regelmäßiger Verwaltung überschreiten, namentlich Veräußerung [21], Verschuldung [22] und Auflösung [23] des Fideicommisses ist die Genehmigung des Fideicommißrichters erforderlich.

Abschnitt 4.

Die Familienfideicommißsuccession.

§ 229.

I. Princip.

Für die Familienfideicommißsuccession sind im allgemeinen die Grundsätze maaßgebend, welche der Lehenssuccession zu Grund liegen [1]; sie gehört also dem s. g. successiven Erbrecht (Successio ex pacto et providentia majorum) an. Sie erscheint vom Standpunkt des Civilrechts aus betrachtet wie die Lehenssuccession als Singularsuccession [2], um so mehr, als die im Lehenrecht für die Descendenten begründete nothwendige Verbindung der Allodialsuccession gemeinrechtlich [3] und nach Bayrischem Recht [4] für Familienfideicommisse nicht maaßgebend

---

[19] Vgl. oben Note 10 und unten § 236, 12.

[20] Vgl. oben § 227, 12.

[21] Vgl. oben § 225, 12.

[22] Vgl. oben § 226, 13 und 19.

[23] Vgl. unten § 236, 13.

[1] Eichhorn, P.R. § 369 b; Gerber, P.R. § 266.

[2] Lewis F.F. 323.

[3] Daß die in II. F. 45 für die Lehenssuccession ausgesprochene Regel auf Familienfideicommisse nicht anwendbar sei ist allgemein anerkannt Lewis, F.F. 324, Beseler, P.R. § 176, 30, Gerber, P.R. § 274.

[4] F.E. § 82: Der Fideicommißnachfolger ist die Allodialerbschaft seines Vorgängers, selbst wenn dieser sein Vater war, auszuschlagen berechtigt.

ist, und als nach ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung die Fideicommisse in den Pflichttheil nicht eingerechnet werden, und die nicht zur Succession gelangenden Notherben des Besitzers ein Pflichttheilsrecht daran nicht haben [5]. Die Fideicommißsuccession ist bloße Intestatsuccession, da jede letztwillige Verfügung des Vorgängers als verbotene Disposition erscheint [6]; daher hat der Anwärter mit seiner Geburt ein unentziehbares Recht darauf. Sie unterscheidet sich von der civilrechtlichen Succession darin, daß sie von selbst anfällt [7], daß sie eine blos agnatische Succession ist, und daß sie sich auf die Descendenten des ersten Erwerbers beschränkt.

§ 230.

II. Successionsfähigkeit.

Die Erwerbung des Fideicommisses setzt die Successionsfähigkeit voraus. Als successionsfähig erscheinen nur diejenigen Agnaten, welche von dem ersten Erwerber des Fideicommisses abstammen; die Annahme, daß ohne ausdrückliche Festsetzung auch die von Seitenverwandten des ersten Erwerbers abstammenden Agnaten successionsberechtigt seien, ist nicht allgemein anerkannt [1], in dem bayrischen Recht aber ausdrücklich verworfen, da hier nach gesetzlicher Bestimmung nur die Descendenten des ersten Erwerbers berufen sind [2], die Seitenverwandten desselben daher nur zur Succession gelangen können, insoferne sie durch Substitution ein Successionsrecht erhalten haben [3]. Voraussetzung der Suc-

---

[5] F.E. § 80. Dieß erstreckt sich jedoch nicht auf die Notherben des Constituenten oben § 222, 15.

[6] F.E. § 81: Der Besitzer eines Familienfideicommisses kann, so lange der fideicommissarische Verband dauert, darüber nicht durch letzten Willen verfügen,

[7] Lewis, F.F. 326.

[1] S. gegen diese Ansicht Salza, F.C. § 54, 2, Lewis, F.F. 350, 85, Eichhorn, P.R. § 368, Maurenbrecher, P.R. § 627 Nr. 1, Walter, P.R. § 472; für diese Ansicht erklären sich Mittermair, P.R. § 449, Hillebrand, P.R. § 70 und 206. Gengler, P.R. S. 1361, Gerber, P.R. § 274, 1.

[2] F.E. § 77: Das Recht zur Erbfolge in Familienfideicommisse gründet sich in der Anordnung des Constituenten, und geht von ihm oder von demjenigen zu dessen Vortheil er das Fideicommiß errichtet hat, auf die ehelichen Nachkommen über. — § 37: Die Erneuerung vormaliger Fideicommisse findet blos für die Descendenten der dermaligen Constituenten statt.

[3] Vgl. oben § 220, 7.

cession ist daher regelmäßig Abstammung von dem Begründer oder ersten Erwerber des Fideicommisses. Diese muß eine durch rechtsgültige Ehe vermittelte sein; daher sind nicht successionsfähig Adoptivkinder [4], uneheliche Kinder [5], Brautkinder [6], die in einer nicht vollgültigen Ehe erzeugten Kinder [7]. Nach Bayrischem Recht werden die durch nachfolgende Ehe [8] nicht aber die durch Reskript legitimirten Kinder [9] den ehelichen gleichgeachtet. Die Successionsfähigkeit setzt außerdem Rechtsfähigkeit voraus; daher sind Klostergeistliche von der Succession in Familienfideicommisse ausgeschlossen [10]. Das Bayrische Recht macht außerdem die Succession von dem adeligen Stand abhängig, so daß diejenigen Anwärter, welche den Adel verloren haben, von allen Successionsrechten ausgeschlossen sind [11].

§ 231.

III. Successionsordnung.

Nach Bayrischem Recht können jetzt Fideicommisse nur zur Vererbung nach agnatisch linealischer Erbfolge mit Primogenitur errichtet

---

[4] Salza, F.C. § 38; Lewis F.F. 335; Pözl, Vf.R. § 62, 3. Das Edikt 22/12 1811 § 116 hatte dem letzten Majoratserben die Adoption gestattet.

[5] Salza, F.C. § 37. Lewis, F.F. 328.

[6] Lewis, F.F. 334, vgl. oben § 48, 26.

[7] Salza, F.C. § 39 und 40, Gerber, P.R. § 274, 5.

[8] F.E. § 77: „Die durch nachfolgende Ehe Legitimirten werden den ehelich Gebornen gleich geachtet." Es wird dieß auch gemeinrechtlich angenommen Lewis, F.F. 328, 4.

[9] Lewis, F.F. 330 und 332, 19.

[10] Klostergeistliche können auch gemeinrechtlich zur Succession in Familienfideicommisse nicht zugelassen werden, da sie nur dem Kloster erwerben, also einen Fremden in die Familie einführen würden. Lewis, F.F. 338. Nach den oben § 31, Nr. 3 aufgeführten Statuten sind sie aber überdieß erwerbsunfähig.

[11] F.E. § 78: „Nur adelige Nachkommen sind fähig, das Fideicommiß zu erlangen. — Mit dem Verluste des Adels erlischt demnach zugleich das Erbfolgerecht in die Familienfideicommisse. — Wer als adelich zu betrachten sei, und wie der Adel verloren werde, ist in dem Edikte über den Adel bestimmt." Ueber den Verlust des Adels vgl. Pözl, Vf.R. § 48. Nur insoferne Verlust des Adels als Folge erscheint, kann nach Bayrischem Recht die Ehrenminderung der Succession in Familienfideicommisse entgegen stehen, da das Fideicommißedikt nur diese Voraussetzung ausspricht. Allgemein hält die Ehrenminderung für einen Ausschließungsgrund Lewis, F.F. 339.

werden [1]. Die Fideicommißfolge ist daher dieselbe wie nach Bayrischem Lehenrecht [2]. Unter gleich nahen Anwärtern hat daher der früher geborne den Vorzug, ohne daß dabei für die nicht zur Succession gelangenden Anwärter ein Anspruch auf Abfindung begründet wäre [3]. Eine Ausnahme ist nur begründet, wenn in einer Familie mehrere Fideicommisse für mehrere Linien bestehen, indem die Fideicommisse der nachgebornen Linien erst dann an die Besitzer des Fideicommisses der erstgebornen Linie zurückfallen, wenn in den übrigen Linien keine zu den Fideicommissen berufene Nachkommen vorhanden sind. Auch werden die in einer Person vereinigten Fideicommisse wieder getrennt, sowie wieder mehrere Linien gebildet werden können [4]. Von der Regel, daß für Fideicommisse keine andere als die agnatisch-linealische Erbfolge bestimmt sein darf, kann insoferne eine Ausnahme gemacht werden, als es dem Stifter gestattet ist, für den Fall des Abgangs des Mannsstammes zur Nachfolge im Fideicommiß unter Fortdauer des fideicommissarischen Verbandes die weibliche Descendenz zu berufen. In diesem Fall vererbt das Familienfideicommiß unter den weiblichen Abkömmlingen des letzten Inhabers nach den gleichen Grundsätzen wie unter den Agnaten, nur mit dem Unterschied, daß unter den von Töchtern descendirenden Anwärtern jeder männliche Descendent den Vorzug vor den weiblichen erhält [5], und mit der Succession eines durch weib-

---

[1] F.E. § 87: „Bei Familienfideicommissen, welche neu errichtet werden, kann keine andere Successionsordnung als die Erstgeburtsfolge eintreten, vermöge deren die weibliche Nachkommenschaft, solange noch männliche Nachkommen vorhanden sind, von der Succession ausgeschlossen bleibt, und immer der Erstgeborne in der älteren Linie zum Fideicommiß gelangt, so daß der Bruder des letzten Besitzers dessen Söhnen Enkeln und weitern männlichen Descendenten weichen muß; vorbehaltlich dessen, was wegen der mit einem Fideicommisse verbundenen Anordnungen zum Vortheile einzelner Familienglieder im § 12, dann wegen der aus vormaligen Fideicommiß- oder Stammgütern gebildeten Fideicommisse im § 37 verordnet ist." Ueber diese Successionsart vgl. Lewis, F.F. 371 f. Eine Ausnahme ist nur begründet insoferne Fideicommisse des früheren Rechts sich erhalten haben oben § 218, 5 f.

[2] Vgl. oben § 210, 8.

[3] Sie haben nur insoferne sie Geschwister des Besitzers sind Anspruch auf Unterhalt vgl. unten § 233.

[4] F.E. § 86.

[5] F.E. § 90: „Hat aber der Stifter die weibliche Descendenz nach Abgang des Mannsstammes zum Fideicommisse mit fortdauerndem fideicommissarischen Verbande berufen, so bleibt es auch unter den weiblichen Abkömmlingen bei der

liche Nachkommen abstammenden männlichen Descendenten die Erbfolge wieder die agnatisch linealische wird [6].

§ 232.

IV. Erwerb.

Die Fideicommißsuccession tritt ein nicht nur mit dem Tod sondern auch mit Verlust des Adels auf Seite des bisherigen Inhabers. Mit dem Eintritt des Successionsfalles geht das Recht von selbst auf den Nachfolger über, und es bedarf zur Erwerbung keiner Antretung von seiner Seite [2].

Abschnitt 5.

Rechtsverhältnisse Dritter.

§ 233.

I. Ansprüche der Wittwe und Allodialerben.

Gemeinrechtlich ist weder für die Wittwe [1] noch für die nicht zur Succession gelangenden Allodialerben [2] des letzten Besitzers ein An-

---

Lineal- und Erstgeburtsfolge mit Vorzug ihrer männlichen Nachkommen, dergestalt, daß bei Abgang des Mannsstammes das Fideicommiß an die älteste Tochter des letzten Besitzers und deren Descendenz fällt, und die Succession immer nach den Regeln der Erstgeburt auch unter ihren weiblichen Descendenten insolange fortgeht, bis sich unter jenen Descendenten, an welche die Succession gelangt ist, ein männlicher Abkömmling befindet, welcher alsdann alle seine Schwestern, selbst die älteren, von der Succession ausschließt. Stirbt die älteste Tochter, ohne Nachkommen zu hinterlassen, oder sind von ihr weder weibliche noch männliche Descendenten vorhanden, so geht die Fideicommißfolge nach eben diesen Regeln an die zweite Tochter des letzten Besitzers und deren Nachkommenschaft. Nach gleichen Grundsätzen richtet sich die Fideicommißfolge der dritten und übrigen folgenden Töchter des letzten Besitzers und ihrer Descendenten."

[6] F.E. § 91: „Ist einmal, den vorstehenden Regeln zu Folge ein vom letzten Besitzer durch weibliche Nachkommen abstammender männlicher Descendent zum Besitze des Fideicommisses gelangt, so tritt mit ihm unter seiner Nachkommenschaft der Vorzug des Mannsstammes nach den Bestimmungen des § 87 wieder ein.

[1] F.E. § 79 unten Note 5.

[2] Lewis, F.F. 403 f. Dieß ist auch für das Bayrische Recht anzunehmen Pözl, Vf.R. § 62 Nr. 3, Lewis, F.F. 406, 10.

spruch auf Alimentation aus dem Fideicommiß gegeben. Das Bayrische Recht dagegen gestattet nicht nur dem Stifter des Fideicommisses darauf bezügliche Dispositionen zu treffen [3], sondern verpflichtet auch, wenn solche nicht vorliegen, den Fideicommißbesitzer zur Alimentation der Wittwe seines Vorfahrs, sowie zur Alimentation seiner Geschwister und Dotation seiner Töchter und Schwestern. Dieser Anspruch ist jedoch nur im Bedürfnißfall gegeben, und der Umfang richtet sich nach den civilrechtlichen Bestimmungen [4]. Ebenso ist der Nachfolger verpflichtet, den wegen Adelsverlustes des Fideicommisses entsetzten Inhaber zu alimentiren [5].

§ 234.

II. Ansprüche der Gläubiger.

Gemeinrechtlich gilt der Grundsatz, daß das Fideicommiß für alle Schulden des Stifters subsidiär haftet [1], und daß diesem [2] sowie der

---

[1] Lewis, F.F. 219.

[2] Lewis, F.F. 218.

[3] F.E. § 12: „Mit einem Fideicommisse können besondere Dispositionen zum Vortheil einzelner Mitglieder des Geschlechts, z. B. für den Geschlechtsältesten, für die nachgeborenen Söhne, für Ausstattung der Töchter, für den Unterhalt der Wittwen und dergleichen verbunden werden. Diese Anordnungen sind als Lasten des Fideicommisses zu betrachten, für welche nach § 5 ein besonderer Fond ausgeworfen werden muß."

[4] F.E. § 46: „Wenn der Constituent keine besondere Verfügung zum Vortheile der Familienglieder (§ 12) gemacht hat, so ist der Fideicommißbesitzer verbunden, seinen Geschwistern und der Wittwe seines Vorfahrers im Mangel eines andern Vermögens oder Einkommens, die nöthige und nach den Umständen zu bestimmende Alimentation, auch seinen Töchtern und Schwestern, unter eben diesen Voraussetzungen, bei ihrer Verehelichung eine anständige Aussteuer zu geben."

[5] F.E. § 79: „Tritt bei dem zur Nachfolge Berufenen der Verlust dieser Fähigkeit noch vor Eröffnung der Nachfolge ein so hat er kein Recht zum Antritt derselben. Ereignet sich dieser Verlust nach erfolgtem Antritte des Fideicommisses, so löst sich das Genußrecht des bisherigen Besitzers auf, und dem nächsten Nachfolger wird die Erbfolge in das Fideicommiß eröffnet, welcher jedoch subsidiarisch verbunden ist, dem vorigen Besitzer die Competenz zu geben." Für die Bestimmung des Umfanges sind hier die für das beneficium competentiae geltenden Grundsätze maaßgebend vgl. unten § 234, 11.

[1] Lewis, F.F. 292 vgl. oben § 226, 3.

[2] Lewis, F.F. 295.

Gesammtheit der Interessenten [3] in der Befugniß der Verschuldung keine Schranken gezogen sind, sowie daß gewissen Forderungen an den Fideicommißinhaber ein gesetzlicher Anspruch gegen das Fideicommiß selbst zusteht [4]. Hievon weicht das Bayrische Recht insoferne ab, als es nur den in die Fideicommißmatrikel eingetragenen Forderungen einen Anspruch auf Befriedigung aus dem Fideicommiß einräumt, und alle übrigen Forderungen als Allodialschulden lediglich an den Inhaber verweist. Nach Bayrischem Recht sind daher zu unterscheiden:

I. Fideicommißschulden erster Classe. Diese haften sowohl auf der Substanz als auf den Früchten des Fideicommisses [5]. Der Fideicommißinhaber haftet mit seinem Allodialvermögen nur wenn er mit den im Tilgungsplan bestimmten Fristen im Rückstand geblieben ist [6]. Dieser muß in der Art eingerichtet sein, daß aus den Früchten des Fideicommisses wenigstens 5% des Capitals jährlich getilgt werden [7]. Zur Befriedigung von Fideicommißschulden erster Classe können

---

[3] Lewis, F.F. 300 vgl. oben § 226, 4.

[4] Lewis, F.F. 295.

[5] F.E. § 54: „Die Fideicommißschulden haften entweder auf der Substanz und den Früchten des ganzen Fideicommisses zugleich, oder nur auf den Früchten allein, und werden hiernach in Fideicommißschulden erster oder zweiter Classe abgetheilt."

[6] F.E. § 62: „Für Fideicommißschulden, sie seien erster oder zweiter Classe, haftet das Allodialvermögen des Besitzers außer den ihm zukommenden Früchten nicht, sondern sie gehen mit dem Fideicommisse auf jeden Nachfolger über, dem jedoch der Regreß gegen das Allodium des Vorgängers vorbehalten bleibt, wenn dieser entweder mit den im Tilgungsplane bestimmten Fristen im Rückstande geblieben ist, oder bei Fideicommißschulden zweiter Classe zum Ersatz aus seinem Allodialvermögen sich ausdrücklich verpflichtet hat."

[7] F.E. § 69: „Mit jeder Fideicommißschuld und mit jeder die Substanz des Fideicommisses vermindernden Handlung ist ein Plan zu verbinden, wie aus den Früchten des Fideicommisses die darauf gelegten Schulden getilgt, oder die an der Substanz desselben geschehenen Verminderungen durch bestimmte und von dem dermaligen Besitzer sowohl als von den Nachfolgern zu entrichtende Fristen ergänzt werden sollen. Dieser Tilgungs- und Ergänzungsplan ist mit Rücksicht auf den Betrag und die Lasten des Fideicommisses so einzurichten, daß in jährlichen Fristen, sobald als es geschehen kann, insbesondere für die zur Aussteuer der Töchter verwendeten Summen in solchen Raten, welche dem vorigen Unterhaltsbezuge gleich sind, die Schulden getilgt und die an der Substanz geschehenen Verminderungen ergänzt werden. Niemals dürfen die jährlichen Fristen weniger als fünf vom Hundert an Kapital betragen; der Fideicommißbesitzer muß sich aber höhere Summen gefallen lassen, so lange ihm der Ertrag des normal-

die zum Fideicommiß gehörenden Grundstücke und Realrechte veräußert werden, wenn die Gläubiger auf Befriedigung dringen und nach Vernehmung der Anwärter sich bezeigt, daß sie auf andere Weise nicht befriedigt werden können [8].

II. Fideicommißschulden zweiter Classe. Diese haften nur auf den Früchten des Fideicommisses [9], und der Besitzer haftet mit seinem Allodialvermögen nur wenn er mit den im Tilgungsplan bestimmten Fristen im Rückstand geblieben ist, oder zum Ersatz aus seinem Allodialvermögen sich ausdrücklich verpflichtet hat [10]. Auf Geltendmachung ihrer Rechte gegen die Substanz des Fideicommisses haben die Gläubiger keinen Anspruch.

III. Allodialschulden. Für die Allodialschulden des Besitzers können nur die nach Abzug der Fideicommißlasten sich ergebenden Erträgnisse des Fideicommisses in Anspruch genommen werden; überdieß hat der Inhaber Anspruch auf Belassung der Competenz [11]. Der Fideicommißnachfolger haftet für die Allodialschulden des Vorgängers nur insoferne er als dessen Allodialerbe in Anspruch genommen werden kann, oder insoferne er die Schuld besonders übernommen hat [12].

§ 235.

III. Sonderung des Fideicommisses und Allods.

Wenn der Fideicommißsuccessor gar nicht oder nicht allein der Allodialerbe des letzten Inhabers des Fideicommisses ist, so muß zur Auseinandersetzung mit den Allodialerben und Sonderung des Fideicommisses und Allods geschritten werden. Diese bezweckt:

---

mäßigen Grundvermögens übrig bleibt. Das Gericht kann die einmal bestimmten Fristen nur aus besonders erheblichen Ursachen verlängern."

[8] F.E. § 65. Vgl. oben § 225, 10.

[9] F.E. § 54 oben Note 5.

[10] F.E. § 62 oben Note 6.

[11] Ueber das nach früherem Verfahren in größeerm Umfang begründete beneficium competentiae vgl. Seuffert, Commentar zur G.O. IV. 355 f.

[12] F.E. § 53: „Für die Allodialschulden des Fideicommißbesitzers haftet die Substanz des Fideicommisses nicht, und selbst dessen Früchte können dafür nicht weiter in Anspruch genommen werden, als sie dem schuldenden Besitzer nach Abzug der Fideicommißlasten zukommen, und mit Vorbehalt der Competenz. Die Fideicommißfolger können daher um die Allodialschulden des Vorgängers nur insoferne belangt werden, als sie entweder zugleich dessen Allodialerben sind, oder sich für eine Schuld besonders verbürgt haben."

1. Herstellung des Fideicommißbestandes. Für diesen ist die Eintragung in die Fideicommißmatrikel [1] und das auf Verlangen der Anwärter herzustellende Inventar [2] maaßgebend. Da dem Fideicommiß nur diejenigen Bestandtheile einverleibt werden können, welche durch eine gerichtlich bestätigte Erklärung des Stifters oder Inhabers dazu bestimmt sind [3], so kann über die einzelnen Bestandtheile kein Zweifel sein, und es kann daher hier nicht der Grundsatz des Lehenrechts [4], daß für die Allodialqualität die Vermuthung streite, Anwendung finden, vielmehr wird hier lediglich die Eintragung in die Fideicommißmatrikel entscheiden auf welche das Princip der Publicität anzuwenden ist. Hinsichtlich der Behandlung der allodialen Pertinenzen enthält das Bayrische Recht keine Vorschrift. Nach den Grundsätzen des Lehenrechts [5], welche bei Fideicommissen für die Sonderung des Allods analog anzuwenden sind [6], verbleiben die mit dem Fideicommiß vereinigten allodialen Pertinenzen gegen Entschädigung der Allodialerben in ihrer Eigenschaft als Allodialpertinenzen bei dem Fideicommiß [7].

II. Theilung der Früchte. Für die Theilung der Früchte des Sterbejahrs halten die meisten die Grundsätze des Lehenrechts für analog anwendbar [8]. Das Bayrische Recht hat wie im Lehenrecht [9] die für die Theilung der Früchte zwischen Nutznießer und Eigenthümer geltenden civilrechtlichen Grundsätze [10] dann für analog anwendbar erklärt, wenn keine besondere Dispositionen getroffen sind [11].

---

[1] Vgl. oben § 228, 4.

[2] F.E. § 43, 1; vgl. oben § 228, 6.

[3] Vgl. oben § 221 und 222.

[4] Vgl. oben § 215, 5.

[5] Vgl. oben § 215, 8.

[6] Dieß ist Pr. L.R. II. 4. 206 f. ausdrücklich vorgeschrieben, und wird auch für das gemeine Recht von den meisten angenommen s. Lewis, F.F. 414, 419 Note 44, 424; Eichhorn, P.R. § 369 g; Beseler, P.R. § 176, 27; Gengler, Pr.R. S. 1370, 12. Das Bayrische Fideicommißedikt enthält keine ausdrückliche Vorschrift darüber, seine Bestimmungen sind aber mit den Vorschriften über die Sonderung des Allods vom Lehen übereinstimmend.

[7] Förster, P. P.R. § 242, 111 und oben § 115, 33.

[8] Lewis, F.F. 414. Eichhorn, P.R. § 369. Gengler, P.R. S. 1370, 12. Beseler, P.R. § 176. VI.

[9] Vgl. oben § 215, 10 f.

[10] Vgl. oben § 159, 28 f.

[11] F.E. § 74: „Hinsichtlich des Zuwachses so wie der Theilung der hängenden und ausständigen Früchte zwischen den Allodialerben und dem Fidei-

III. Abrechnung hinsichtlich der einzelnen Forderungen. Für den Ersatz von Verwendungen auf die Sache, die nicht unter die Categorie der den Inhaber treffenden Lasten gehören, erklärt das Bayrische Recht die für die Ansprüche des Nutznießers nach Civilrecht geltenden Grundsätze [12] für anwendbar, wobei jedoch der Fideicommißnachfolger jene Beträge abziehen kann, welche der Vorgänger als Rückzahlungsfristen hätte entrichten müssen, wenn er um den betreffenden Aufwand zu decken eine Fideicommißschuld contrahirt hätte [13]. Dagegen haften die Allodialerben für jede auf das Fideicommiß sich beziehende Pflichtversäumniß ihres Erblassers und für jede hieraus entstandene Deterioration oder Verminderung der Substanz [14]. Die Succession in das Fideicommiß ist von der vorhergehenden Sonderung des Allods nicht bedingt; insbesondere steht den Allodialerben hinsichtlich ihrer Ansprüche bezüglich der Früchtetheilung und der Ersatz der Verwendungen ein Retentionsrecht an dem Fideicommiß nicht zu [15].

Abschnitt 6.

Aufhebung des Familienfideicommisses.

§ 236.

Als Erlöschungsgründe der Familienfideicommisse gelten nach Bayrischem Recht:

I. Widerruf. Der Stifter hat die Befugniß das Fideicommiß

---

commißfolger treten, insoferne nicht hierüber besondere Dispositionen vorhanden sind, die Bestimmungen der bürgerlichen Rechte über die gegenseitigen Verhältnisse des Eigenthümers und Nutznießers ein."

[12] Vgl. oben § 159, 83 f.

[13] F.E. § 75.

[14] F.E. § 73: „Jeder Fideicommißbesitzer ist verbunden, seinem Nachfolger das Fideicommiß sammt Zugehörungen ohne irgend eine aus seinem Verschulden herrührende Schmälerung zu hinterlassen. Dem Nachfolger haftet demnach die Allodialmasse seines Vorgängers für jede auf das Fideicommiß sich beziehende Pflichtversäumniß seines Vorgängers, und für jede hieraus entstandene Deterioration oder Verminderung der Substanz." Ueber die hier in Betracht kommenden Fragen vgl. Lewis, F.F. 424.

[15] F.E. § 76.

durch Widerruf aufzuheben, soweit nicht durch Vertrag oder Uebergabe bestimmte Rechte Dritter daran bereits erworben sind [1].

II. Eintritt einer Resolutivbedingung. Ist das Fideicommiß unter einer Resolutivbedingung errichtet, so ist mit dem Eintritt derselben die Beendigung gegeben [2].

III. Zeitablauf. Wenn ein Familienfideicommiß nicht mit unbeschränkter Dauer sondern auf bestimmte Zeit errichtet wurde, was nach Bayrischem Recht zuläßig ist [3], so tritt mit Ablauf der bestimmten Zeit die Beendigung des Familienfideicommisses von selbst ein [4], und dieses verwandelt sich in Allod.

IV. Untergang des Objekts. Das Familienfideicommiß erlischt nicht nur durch vollständigen Untergang des Objekts [5], sondern nach Bayrischem Recht auch, wenn sich ohne Verschulden des Besitzers durch den Untergang einzelner Bestandtheile, Veräußerung einzelner Bestandtheile wegen Fideicommißschulden erster Classe, durch Vindication dritter Eigenthümer, durch andere Unfälle, durch Absonderung der mit einem Fideicommiß verbundenen Lehen wegen Verschiedenheit der Lehens- und Fideicommißsuccession oder der aus königlicher Dotation stammenden Bestandtheile bei Aussterben des Mannsstammes der Bestand des Fideicommisses so sehr in seiner Substanz vermindert, daß der noch übrige Theil den zur Errichtung eines Fideicommisses gesetzlich vorgeschriebenen Werthbetrag nicht mehr erreicht, und die den Betheiligten innerhalb Jahresfrist gestattete Ergänzung nicht erfolgt. Der nach Tilgung aller Fideicommißschulden verbleibende Rest verwandelt sich hier in der Hand des letzten Besitzers in Allod, wobei dieser jedoch die für die Nachgebornen und Wittwen aufgelegten Lasten fortzuentrichten hat, soweit dieß nach Abzug der ihm dann gebührenden Competenz möglich ist [6].

V. Aussterben der Fideicommißsuccession. Ist kein durch die Stiftung zur Succession berufener Anwärter vorhanden, so verwandelt sich das Fideicommiß [7] mit dem Tod des letzten Besitzers

---

1 F.E. § 94.

2 Lewis, F.F. 151 und oben § 221, 15.

3 Vgl. oben § 218, 1.

4 Lewis, F.F. 439, 32.

5 F.E. § 93, 1. Lewis, F.F. 434.

6 F.E. § 95.

7 F.E. § 84: „Ein Fideicommiß kann nicht nur zum Vortheil einer Familie

in Allod. Hat der Stifter für diesen Fall nicht darüber als Allod verfügt, so kann der letzte Besitzer für seinen Todesfall darüber letztwillig disponiren, und es tritt, wenn er davon keinen Gebrauch gemacht hat, mit seinem Tod die gemeine Intestaterbfolge ein [8].

VI. Freiwillige Auflösung. Gemeinrechtlich ist es bestritten, ob ein Familienfideicommiß durch Familienbeschluß d. h. durch übereinstimmende Willenserklärung sämmtlicher berechtigten Anwärter aufgelöst werden könne [9]. Die bejahende Meinung ist in dem Bayrischen Recht gesetzlich recipirt. Hiernach kann durch gemeinsames [10] Einverständniß aller Betheiligten, zu welchen der Besitzer und alle durch Institution oder Substitution berufenen Anwärter gehören [11], mit gerichtlicher Genehmigung die Auflösung erfolgen. Das Gericht hat einen für diesen Fall besonders zu bestellenden [12] Vertreter des

---

sondern auch nach Abgang der ersten Familie, oder des Mannsstammes derselben, zum Vortheil einer andern Familie errichtet werden. In diesem Falle hat die letzte Familie, so lange die erste noch nicht erloschen ist, zwar alle aus dem Miteigenthume (§ 43) fließenden, die Erhaltung der Substanz bezielenden Rechte, aber die übrigen Rechte ruhen, bis an sie die Nachfolge gefallen ist." F.E. § 89 erwähnt besonders den Fall, wo der Stifter bei Erlöschung des Mannsstammes die weibliche Nachkommenschaft beruft, und diese nach den Regeln des Civilrechts substituirt.

[8] F.E. § 99: „Wenn der letzte Besitzer keine zur Fideicommißfolge berufene und fähige Nachkommenschaft hinterläßt, auch für diesen Fall Niemand in das Fideicommiß substituirt ist, so genießt derselbe das Recht darüber von Todeswegen frei zu disponiren, und es tritt, wenn er hievon keinen Gebrauch macht, nach seinem Absterben die gemeine Intestaterbfolge ein." Lewis, F.F. 430. Eine Ausnahme ist bei den durch königliche Dotation errichteten Fideicommissen gegeben, welche mit Abgang des Mannesstammes immer heimfallen F.E. § 92, 5.

[9] Bejaht wird die Möglichkeit von Maurenbrecher, P.R. § 217, 22, Gengler P.R. S. 240, 34, Reyscher, Württemb. P.R. § 678, 12; verneint von Lewis, F.F. 455, Eichhorn, P.R. § 371, Mittermair, P.R. § 158. XI, Hillebrand P.R. § 70, 25, Walter, P.R. § 476 II, Gerber, P.R. § 85, 18. Für die erstere Meinung spricht der Umstand, daß durch Verzicht sämmtlicher Anwärter ein Verhältniß herbeigeführt wird wie bei Aussterben sämmtlicher successionsberechtigter Anwärter, da ein verzichtender Anwärter ein Recht der Anwartschaft auf seine nach dem Verzicht erzeugten Descendenten nicht überträgt vgl. oben § 227, 20.

[10] Der Widerspruch eines Betheiligten macht die Auflösung unmöglich F.E. § 97, 3.

[11] F.E. § 97, 2.

[12] F.E. § 97, 2.

Fideicommisses und der Nachkommenschaft gutachtlich [13] zu vernehmen, und nach vollständiger Instruktion der Sache seine Entschließung zu treffen [14]. Ueber die weitere Bestimmung des Vermögens entscheidet hier zunächst die Uebereinkunft der Betheiligten, und nur insoferne eine solche nicht getroffen ist fällt das Fideicommiß als Allod dem letzten Besitzer zu [15].

Jede Auflösung eines Fideicommisses muß öffentlich bekannt gemacht und in der Fideicommißmatrikel und in den Hypothekenbüchern eingetragen werden [16].

Titel 3.

Landwirthschaftliche Erbgüter.

§ 237.

Das Institut der landwirthschaftlichen Erbgüter ist ein Produkt der neueren Gesetzgebung [1] ohne jeglichen Anhaltspunkt in der früheren Rechtsentwicklung [2] und ohne das Vorhandensein eines wirklichen

---

[13] Sein Widerspruch steht der Auflösung nicht entgegen F.E. § 97, 3.

[14] F.E. § 97, 4: „Das Apellationsgericht prüft die Sache, erwägt die für oder gegen die Auflösung vorgebrachten Gründe, berücksichtigt die dabei etwa verflochtenen und ungekränkt zu belastenden Rechte Dritter, und faßt wegen Versagung oder Ertheilung der Genehmigung die geeignete Entschließung." Als Gründe der Genehmigung erklärt das F.E. § 97: „wenn der Familie durch die Auflösung ein ausgezeichneter und fortdauernder Nutzen zugeht, oder wenn solche gebietende Umstände eintreten, welche bei einer Familie die Auflösung des Fideicommisses nothwendig machen." Die Auflösung erfolgt daher nur auf Antrag, die endgültige Bestimmung jedoch nur durch gerichtliche Entschließung, welche die Genehmigung ertheilen oder versagen kann.

[15] F.E. § 98.

[16] F.E. § 101.

[1] Gesetz über die landwirthschaftlichen Erbgüter 22/2 1855 mit Commentar von Stein in Dollmann G.G. I. 2. 1 f.

[2] Die deutschrechtliche Beschränkung des Eigenthümers durch die Rechte des nächsten Erben, welche noch am meisten Aehnlichkeit mit dem durch das neue Gesetz geschaffenen Institut haben würde, war in den süddeutschen Rechtsgebieten nicht durchgängig anerkannt oben § 142, 3, und auch da wo sie sich fand durch die Entwicklung des Güterrechts der gesammten Hand mit Verfangenschaft modificirt oben § 55, 44. Eine Berufung auf die Bestimmungen des Sachsenspiegels genügt daher nicht zum Nachweis der Behauptung, daß die in dem Erbgüter-

Bedürfnisses geschaffen, daher auch im Rechtsleben ohne jede Bedeutung und jetzt schon so gut wie beseitigt, da in den Kreisen, für welche es bestimmt ist, kein Gebrauch davon gemacht wird [3]. Der Zweck des Gesetzes ist, die Gebundenheit des Grundbesitzes hinsichtlich der Veräußerung und Vererbung, wie sie für die Familienfideicommisse gesetzlich bestimmt ist, auf kleinere Gütercomplexe auszudehnen. Die für die landwirthschaftlichen Erbgüter geltenden Grundsätze sind folgende:

I. Begriff. Das landwirthschaftliche Erbgut ist ein Vermögenscomplex, welcher von dem dispositionsfähigen Eigenthümer in der Art an die Familie gebunden ist, daß er nur unter Beobachtung der in dem Gesetz bestimmten Voraussetzungen veräußert und belastet werden kann, und der nach den in dem Gesetz bestimmten Grundsätzen vererbt wird. Zu einem landwirthschaftlichen Erbgut eignet sich jede Art von Vermögen; doch ist ein Grundstock von landwirthschaftlichem in Bayern gelegenem Grundbesitz erforderlich, der einen schuldenfreien Werth von sechs Gulden Grundsteuersimplum repräsentirt [4]. Ein Maximum der Größe ist nicht vorgeschrieben, die Vergrößerung ist daher in das Belieben des Eigenthümers gestellt, der unbewegliche oder bewegliche Sachen durch Disposition als Pertinenzen mit dem Erbgut verbinden kann [5].

II. Errichtung. Jeder dispositionsfähige Eigenthümer kann ein landwirthschaftliches Erbgut errichten [6]. Die Errichtung setzt eine in einem schriftlichen Privattestament oder einer öffentlichen Urkunde niedergelegte Willenserklärung voraus, welche von dem competenten Stadt- oder Landgericht nach vorgängiger Prüfung, ob die gesetzlichen Erfordernisse vorhanden seien, zu beurkunden ist. Zu diesem Behuf

---

gesetz angebahnte Beschränkung des Eigenthümers die Wiederherstellung eines früher in Bayern allgemein anerkannten Grundsatzes sei; das neue Gesetz hat vielmehr in diesem Rechtsgebiet keine geschichtliche Grundlage.

[3] Nach Graf, Comment. III. 78 gab es im Jahre 1868 also nach 15jährigem Bestand des Gesetzes nur drei Erbgüter in Bayern. Hiezu ist nach Ausschreibung des Stadtgerichts Memmingen 16/2 1872 Augsb. A. Z. Nr. 60 nun ein viertes gekommen. Der passive Widerstand der Betheiligten hat dieses Rechtsinstitut also ebenso beseitigt wie den Erbschatz, mit welchem die Preußische Gesetzgebung ein der römischen Dos ähnliches Institut schaffen wollte vgl. oben § 66, 3.

[4] E.G.G. Art. 1.

[5] E.G.G. Art. 2.

[6] E.G.G. Art. 1.

sind die unbekannten Gläubiger zur Geltendmachung ihrer Ansprüche vorzuladen [7]. Nach erfolgter Beurkundung wird die Erbgutserrichtung in das Hypothekenbuch eingetragen [8].

III. Rechtsverhältniß der Betheiligten. Als Betheiligte erscheinen der jeweilige Besitzer und die Anerben.

1. Der jeweilige Besitzer wird von dem Gesetz als Eigenthümer des Erbgutes erklärt [9], der indessen durch die Rechte der Anerben beschränkt ist. Diese Beschränkung tritt hervor:

a) hinsichtlich der Veräußerung. Zur Veräußerung der Substanz des Erbgutes, Beschwerung mit ständigen Lasten, Austausch von Grundstücken und Hingabe an Zahlungsstatt oder im Vergleichsweg ist die Zustimmung sämmtlicher vorhandener Anerben erforderlich, welche bei Verweigerung gerichtlich ergänzt werden kann, wenn das fragliche Rechtsgeschäft als nothwendig oder nützlich erscheint [10]. Nicht

---

[7] E.G.G. Art. 4.

[8] E.G.G. Art. 3.

[9] E.G.G. Art. 5. „Der jeweilige Besitzer eines Erbgutes ist Eigenthümer desselben, und hat die Rechte und Pflichten eines solchen, insoweit nicht durch das Gesetz etwas Anderes verordnet ist." Durch diese Bestimmung scheint das den landwirthschaftlichen Erbgütern zu Grund liegende Rechtsverhältniß von dem bei den Familienfideicommissen angenommenen unterschieden zu sein, und Stein, Comment. S. 13 zieht daraus die Consequenz, daß die Stellung des Besitzers eines landwirthschaftlichen Erbgutes eine freiere sei als die eines Fideicommißinhabers. Allein die Beschränkung des letzteren beruht nicht auf der Auffassung des Rechtsverhältnisses als getheiltes Eigenthum sondern den speciellen gesetzlichen Vorschriften. Das bayrische Recht giebt dem Besitzer des Familienfideicommisses größere Rechte als man sie gemeinrechtlich für begründet hält z. B. das Recht der Veräußerung und Aufhebung des Fideicommisses mit Consens der Agnaten und des Fideicommißrichters, was gemeinrechtlich von den meisten jetzt nicht für zuläßig gehalten wird, obwohl nach gemeinem Recht der Inhaber als Eigenthümer angesehen wird, während er nach Bayrischem Recht nur ein Nutzungsrecht hat. Von diesem Standpunkt aus betrachtet ist die Auffassung des E.G.G. inconsequent, und es hätte, solange das Bayrische Recht das Fideicommißverhältniß als getheiltes Eigenthum auffaßt, auch den nach Analogie der Familienfideicommisse gebildeten Erbgütern die gleiche Grundlage gegeben werden sollen.

[10] E.G.G. Art. 6. „Wenn einer oder mehrere Anerben die Zustimmung verweigern oder innerhalb einer angesetzten Frist keine Erklärung abgeben, so kann die Zustimmung von dem nach Art. 3 zuständigen Gerichte ergänzt werden, wenn das in Frage stehende Rechtsgeschäft zur Erhaltung des Erbgutes nothwendig oder mit überwiegenden Gründen nützlich und im Interesse der Anerben liegend befunden wird."

erforderlich ist die Zustimmung der Anerben zum Austausch im Arrondirungsverfahren [11] und im Grenzregulirungsverfahren [12]. Ebenso fällt die Nothwendigkeit der Zustimmung hinweg, wenn keiner der Anerben in die von dem Eigenthümer angebotene Gutsübergabe eintreten will und der Eigenthümer zur Veräußerung schreitet [13]. Ist in Folge eines Tauschvertrags oder einer Veräußerung eine Geldsumme an den Gutseigenthümer zu bezahlen, so muß sie, wenn die Anerben nicht zu einer anderen Verwendung zustimmen, wieder zum Ankauf von Grundstücken verwendet werden [14].

b) Hinsichtlich der Verpfändung. Der Eigenthümer darf das Erbgut einseitig nur bis zu dem Betrage, den er zur Tilgung auf dem Erbgut haftenden und von ihm mit dem Erbgut übernommener Hypotheken und zur Tilgung der von ihm zu leistenden Abfindungssumme verwendet hat, sowie dem weiteren Betrag eines Drittheils des Erbgutswerthes, welchen er nach Abzug der übernommenen Hypotheken der Abfindungssumme und des dem Uebernehmer zum Voraus zugewendeten Drittheils noch frei besitzt, frei verpfänden [15]. Der zur weiteren Verpfändung erforderliche Consens der Anerben kann richterlich ergänzt werden. Die gesetzlichen Hypothektitel des Civilrechts finden auf Erbgüter keine Anwendung [16]. Dagegen haben der übergebende Eigenthümer für den Vorbehalt, die Anerben für die Abfindungssumme und die zur Alimentation aus dem Erbgut Berechtigten einen gesetzlichen Hypothektitel auf Eintragung ihrer Forderung [17].

---

[11] E.G.G. Art. 6: „Der Austausch von Grundstücken kann von dem Gutseigenthümer auch ohne Zustimmung der Anerben vorgenommen werden, wenn dieses Rechtsgeschäft zum Zwecke der Arrondirung geschieht und dadurch der Grundbesitz nicht in dem Maaße verringert wird, daß derselbe nicht mehr mit einem Simplum der Grundsteuer von wenigstens sechs Gulden belegt ist (Art. 28 Ziff. 2). Die auf diesem Wege erworbenen Grundstücke gehören zur Substanz des Erbgutes. Zur Gültigkeit solcher Rechtsgeschäfte ist die Verlautbarung derselben vor dem zuständigen Gericht (Art. 3) erforderlich." Vgl. Arrond. Ges. Art. 6. oben § 122, 18. Analog ist dieß auf das Expropriationsverfahren anzuwenden oben § 141, 45.

[12] Vermarkungsgesetz Art. 5 oben § 118, 29.

[13] E.G.G. Art. 10.

[14] E.G.G. Art. 6. Abs. 5.

[15] E.G.G. Art. 6. Abs. 1.

[16] E.G.G. Art. 6. Abs. 3.

[17] E.G.G. Art. 27 vgl. oben § 189, 38.

2. Anerben sind nur die ehelichen Descendenten und vollbürtigen und halbbürtigen Geschwister des jedesmaligen Gutsinhabers und die Kinder ersten Grades verstorbener vollbürtiger und halbbürtiger Geschwister desselben. Auf weitere Verwandschaftsgrade erstreckt sich die Anerbenqualität nicht [18].

3. Der Ehegatte hat an sich keinen rechtlichen Anspruch auf das Erbgut, da dieses nicht unter die gesetzliche Gütergemeinschaft fällt [19]. Vertragsmäßige Einräumung des Miteigenthums an den Ehegatten setzt Einwilligung der Anerben voraus, außer wenn der Eigenthümer das Erbgut unter Lebenden von dem Stifter oder einem Ascendenten erhalten hat, und die vertragsmäßige Einräumung sofort bei Uebernahme des Gutes vornimmt, in welchem Fall lediglich die Zustimmung des Stifters oder Ascendenten erforderlich ist [20]. Der überlebende Ehegatte, welcher Alleineigenthümer des Erbgutes geworden ist, darf bei Wiederverehelichung die vertragsmäßige Einräumung des Miteigenthums an den andern Ehegatten nur dann vornehmen, wenn weder von dem verstorbenen Ehegatten noch von ihm selbst aus früheren Ehen abstammende Descendenten vorhanden sind [21].

III. Succession. Die Succession in die Erbgüter ist immer Individualsuccession [22]. War das Erbgut im gemeinschaftlichen Eigenthum der Ehegatten, so wird der überlebende Alleineigenthümer [23].

Die Succession der Anerben erfolgt nach den drei Classen der Descendenten, der vollbürtigen und der halbbürtigen Geschwister. Der Eigenthümer darf aus der zur Succession berufenen Classe den Nachfolger auswählen, wobei Ehegatten, welche Miteigenthümer sind, gemeinsam handeln müssen [24]. In Ermanglung einer solchen Bestimmung gehen nichtansäßige Anerben den ansäßigen, männliche den weiblichen und wenn diese Bestimmungen nicht ausreichen die älteren den jüngeren vor [25]. Der Erbgutseigenthümer ist berechtigt das Erbgut noch wäh-

[18] E.G.G. Art. 9.
[19] E.G.G. Art. 7. Abs. 1.
[20] E.G.G. Art. 7. Abs. 2 und 3.
[21] E.G.G. Art. 19.
[22] E.G.G. Art. 11.
[23] E.G.G. Art. 20.
[24] E.G.G. Art. 12.
[25] E.G.G. Art. 13.

rend seines Lebens an einen zur Gutsnachfolge berufenen Anerben zu übergeben [26].

IV. Ansprüche Dritter. 1. Der überlebende Ehegatte, der nicht Miteigenthümer des Erbgutes war, hat, wenn der zur Gutsnachfolge berufene Anerbe ein Descendent ist, bis zu dessen Großjährigkeit in allen anderen Fällen bis zur Wiederverehelichung die Verwaltung und Nutznießung des Erbguts [27].

2. Die nicht zur Succession gelangenden Anerben haben dem Uebernehmer gegenüber eine Abfindung anzusprechen, die sich verschieden gestaltet, je nachdem der Uebernehmer mit Anerben derselben Classe concurrirt oder einer nachfolgenden Classe angehört, wobei als Regel gilt, daß der Uebernehmer nur Anerben seiner Classe oder einer vorgehenden Classe die Abfindung zu geben hat [28].

3. Das Erbgut haftet wie das übrige Vermögen für die Schulden des Eigenthümers und bildet daher einen Executionsgegenstand für die Currentschulden desselben [29].

V. Aufhebung der Erbgutseigenschaft. Die Erbgutseigenschaft erlischt:

1. Durch Widerruf des Stifters, welcher diesen aussprechen kann,

---

[26] E.G.G. Art. 10 und 24.

[27] E.G.G. Art. 20.

[28] E.G.G. Art. 14—18. Ueber die Zeit wann die Zahlung der Abfindung angesprochen werden kann und andere Modalitäten s. Art. 21—23.

[29] Das Erbgütergesetz hat diesen Grundsatz nicht direkt ausgesprochen, er wird aber von Stein, Comment. S. 17 und 39 aus den Bestimmungen des Art. 5 und 28, 1 gefolgert, wonach das Erbgut im Eigenthum des jeweiligen Inhabers steht, und seine Eigenschaft durch gerichtlichen Zwangsverkauf verliert. An sich würde dieser Rechtssatz, der den Grundsätzen des mittelalterlichen Rechtes nicht entspricht, und der das ganze Institut in Frage stellt, nicht mit Nothwendigkeit aus den betreffenden Bestimmungen zu folgern sein, da ja gemeinrechtlich auch bei Familienfideicommissen der Inhaber als Eigenthümer angesehen wird, und die Bestimmung des Art. 28, 1 auf Subhastation für eingetragene Hypotheken bezogen werden könnte, wie denn dieser Satz auch wörtlich gleich in dem Entwurf für Familienfideicommisse vom Jahre 1861 Art. 18 sich findet V. d. K. d. A. 1833 B.B. II. 15; allein die nachfolgende Gesetzgebung hat die oben gegebene Entscheidung indirekt dadurch anerkannt, daß in Proz.O. 1869 Art. 880 und 1188 ein Vorbehalt wie für Lehen und Familienfideicommisse für Erbgüter nicht gemacht ist, so daß also diese als Exekutionsgegenstand anderen Immobilien gleich gestellt sind.

solange noch niemand durch Uebergabe oder Vertrag Rechte auf das Erbgut erworben hat [30].

2. Durch Untergang des Objekts, welchem Entwährung oder Zwangsverkauf aller Bestandtheile des Erbgutes und Minderung unter den freien Minimalwerth von sechs Gulden Steuersimplum gleichsteht [31].

3. Durch Abgang aller Anerben [32].

4. Durch gemeinsames Einverständniß aller Betheiligten [33].

5. Durch Veräußerung von Seite des Eigenthümers, die dieser einseitig vornehmen kann, wenn keiner der Anerben in die ihnen angebotene Gutsübergabe eintreten will [34].

Die Erlöschung der Erbgutseigenschaft setzt Beurkundung von Seite des competenten Gerichts voraus. Mit Aufhebung der Erbgutseigenschaft geht der noch vorhandene Bestand des Gutes in das freie Eigenthum des letzten Besitzers über [35].

Titel 4.

Das Platzrecht [1].

§. 238.

Das Platzrecht (superficies) ist das Rechtsverhältniß, bei welchem ein auf fremdem Grund und Boden befindliches Gebäude [2] oder andere mit dem Boden zusammenhängende Anlagen [3] den Gegenstand selbst-

[30] E.G.G. Art. 28, 3.

[31] E.G.G. Art. 28, 1 und 2.

[32] E.G.G. Art. 28, 6.

[33] E.G.G. Art. 28, 5.

[34] E.G.G. Art. 10; vgl. oben Note 13.

[35] E.G.G. Art. 29.

[1] Vgl. Heimbach, Superficies in R.L. X. 695. Wächter, das Superficiar- oder Platzrecht. Leipzig 1868. Windscheid § 223. Arndts § 200. Seuffert, Pandekten § 190—192. Schmid, Handbuch § 25—28. Buri, Abhandlung von Bauerngütern. Gießen 1783, 570 f. Falck, Schleswig-Holsteinisches Privatrecht § 123.

[2] Das Platzrecht kann nicht nur an einem Gebäude als ganzem sondern an einzelnen Stockwerken begründet sein Wächter, Platzrecht 50.

[3] Z. B. Bäume Wächter, Platzrecht 53, Windscheid § 223, 20. Pr.L.R. I. 22. 243. „Wer das Recht hat, auf fremdem Grund und Boden Gebäude, Bäume und Holzungen zu haben, der kann darüber gleich einem Eigenthümer frei verfügen." Kreittmayr, Anm. 1 c. zu L.R. IV. 7. 34. „Solchemnach kann

ständiger Berechtigung bilden. Es beschränkt sich auf die der Oberfläche angehörenden Veranstaltungen, und erstreckt sich auf den Untergrund nur insoweit dieser dafür in Anspruch genommen wird [4]. Von dem Herbergsrecht unterscheidet sich das Platzrecht darin, daß die Berechtigung an den auf der Oberfläche befindlichen Gegenständen als von der an dem Boden getrennt gedacht wird, während das Herbergsrecht in einer Verbindung des getheilten und ungetheilten Miteigenthums besteht [5]. Für das Platzrecht gelten folgende Grundsätze:

I. Natur des Platzrechts. Ueber die rechtliche Natur des Platzrechts sind die Meinungen getheilt. Während die einen das Rechtsverhältniß als getheiltes Eigenthum ansehen [6], oder als dingliches Nutzungsrecht nach Art der Emphytheuse und des Lehenrechts auffassen [7], betrachten es andere als ein servitutenähnliches Verhältniß [8]. Die erstere Ansicht ist in dem Bayrischen Landrecht [9] die letztere in dem Preußischen Landrecht [10] zum Ausdruck gekommen, so daß, da das Rechtsinstitut gemeinrechtlich jetzt als dingliches Nutzungsrecht auf-

---

dominus superficiarius auf seine Oberfläche zwar etwas bauen, pflanzen oder hinsetzen" .... Auf Gebäude wollen das Verhältniß beschränken Schmid, Handbuch § 25, 11 und Heimbach, R.L. X. 697, 11, und ihnen stimmt Entwurf III. 334 bei.

[4] Pr.L.R. I. 22. 246. „Uebrigens aber muß der Berechtigte auf die Oberfläche des Bodens sich einschränken, und kann weder den bisherigen Raum erweitern, noch die Hauptbestimmung desselben ohne die Einwilligung des Grundeigenthümers verändern." Daher spricht Kreittmayr, Anm. 1 d zu L.R. IV. 7. 34 dem Superficiar jeden Anspruch auf den im Boden gefundenen Schatz ab.

[5] Vgl. oben § 120, 38.

[6] S. die bei Kreittmayr Anm. 1 b zu L.R. IV. 7. 34 und Wächter, Platzrecht 30, 1. Angeführten. Es ist dieß die früher allgemein angenommene Meinung.

[7] S. Wächter, Platzrecht 30; Windscheid § 169 a, 9.

[8] Dieß spricht schon Savigny, Besitz § 9 Nr. 4 aus; vgl. auch Emmerich, Z. f. C.R. * XX. 282.

[9] Kreittmayr, Anm. b zu L.R. IV. 7. 34: Mit dem Erbrecht hat solches viele Aehnlichkeit ... sonderbar circa dominium utile welches zwar einige dem Superficiario noch in Zweifel ziehen wollen ... die gemeinere Meinung aber legt ihm solches bei ...

[10] Pr.L.R. I. 22. 243 vgl. Förster, P. P.R. § 188, 192. Dem Preußischen Recht schließt sich Entwurf III. 334—340 an, wie sich schon daraus ergiebt, daß er das Platzrecht zwischen Servituten und Reallasten stellt und Art. 339 für Erwerb Verlust und Schutz des Platzrechts die bei den Dienstbarkeiten geltenden Grundsätze analog anwendet

gefaßt wird [11], sich in Bayern nach den einzelnen Rechtsgebieten das Institut in dreifacher Gestalt zeigt, als getheiltes Eigenthum, dingliches Nutzungsrecht und Grundgerechtigkeit.

Auch da wo nach gesetzlicher Bestimmung das Verhältniß als getheiltes Eigenthum anzusehen ist, wird es von dem in dem Ablösungsgesetz 4/6 1848 verfügten Verbot der Verleihung unter Vorbehalt des Obereigenthums nicht berührt, da sich dieses auf die Constituirung von Bauernleihen beschränkt [12]. Der Neubegründung des Platzrechts steht daher nach Bayrischem Recht nichts im Weg [13].

II. Entstehung. Das Platzrecht entsteht durch vertragsmäßige oder letztwillige Verfügung des Eigenthümers und Ersitzung. Vertragsmäßige Begründung [14] setzt nach Bayrischem Recht notarielle Verbriefung voraus [15]; die Ersitzung richtet sich nach den für die Emphyteusis geltenden Grundsätzen [16]. Die Eintragung in das Hypo-

---

[11] Wächter, Platzrecht 31. Seuffert, Pandekten § 190, 4. Schmid, Handbuch § 25, 3.

[12] Die Motive zu Entwurf III. 5. äußern sich darüber S. 100 folgendermaßen: „Daß hier das Grundlastengesetz vom 4. Juni 1848 entgegenstehe, läßt sich weder nach dem Geiste noch nach dem Wortlaute des Gesetzes behaupten. Dasselbe hat die Entfesselung des Grundbesitzes, besonders des landwirthschaftlichen, im Auge, — ein Gesichtspunkt, welchem das Platz- und Kellerrecht fremd ist. Die Prohibitivbestimmung des Art. 17 nennt Leibrecht, Neustift, Freistift und Erbrecht, erwähnt aber jenes Rechtes nicht." In der Preußischen Praxis wird jetzt ebenso der Fortbestand angenommen, jedoch nur, weil nach Preußischem Recht das Platzrecht zu den Grundgerechtigkeiten gehört Förster P.P.R. § 187, 192.

[13] In Bayern ist das Institut nicht gewöhnlich wie schon Kreittmayr Anm. 1 m zu L.R. IV. 7. 34 bezeugt: „Hier zu Land ist zwar das jus superficiarium nicht üblich gleichwohl aber auch niemand verboten." Häufig war es früher mit der bäuerlichen Leihe verbunden, indem die zum Leihegut gehörigen Gebäude Eigenthum des Leihemannes waren z. B. bei den Festen in Schleswig Paulsen Schleswig-Holsteinisches Privatrecht § 39, 8 und bei Meiergütern in Hannover Mittermair, P.R. § 494, 5. In Holstein kommt das Platzrecht noch jetzt nicht selten vor s. Schleswig-Holsteinische Anzeigen 1856, 369 und Falck Schleswig-Holsteinisches Privatrecht § 123.

[14] Vgl. über diese Wächter, Platzrecht 58 f. Windscheid § 223, 12.

[15] Not.Ges. Art. 14.

[16] Wächter, Platzrecht 103, 1. Schmid, Handbuch § 26, 17. Arndts § 200, 2. Windscheid § 223, 14. Andere schließen die Ersitzung des Platzrechts ganz aus Puchta, Institutionen § 244, 1. Für die erstere Meinung entscheidet Bayr. L.R. IV. 7. 34. Nach Preußischem Landrecht werden die für die Servitutenersitzung geltenden Grundsätze angewendet; Entwurf III. 339 stimmt damit überein. Erk. 9/3 49 Bl. XIV. 298 spricht sich für die Zuläßigkeit der Ersitzung aus.

thekenbuch gestaltet sich nach der in den einzelnen Rechtsgebieten geltenden Auffassung verschieden [17].

III. Inhalt. Der Inhalt des Platzrechts richtet sich zunächst nach der Uebereinkunft [18], und nur, wo durch dieses nichts näheres bestimmt ist, kommen die in den Gesetzen ausgesprochenen Grundsätze zur Anwendung. Das Platzrecht kann in der Einräumung des Nutzungsrechts an einer dem Eigenthümer des Bodens gehörenden Anlage oder in der Einräumung der Befugniß zur Herstellung einer Anlage durch den Superficiar bestehen [19]. Als allgemeine Regel gilt, daß der Berechtigte über den Gegenstand des Platzrechts wie ein Eigenthümer verfügen darf [20]. Hiernach hat er das vollständige Nutzungsrecht der Sache und kann von dem Gegenstand des Platzrechts jeden bestimmungsmäßigen Gebrauch machen [21]. Er hat ferner das Recht über die Substanz des Gegenstands zu verfügen, daher alle Veränderungen daran vorzunehmen, soweit er dadurch nicht das Recht des Eigenthümers an dem Untergrund beeinträchtigt [22], und darf daher den Gegenstand

---

[17] Vgl. oben § 187, 15. In dem Gebiet des Bayrischen Landrechts ist das Platzrecht analog den Lehen und Fideicommissen zu behandeln. In dem Gebiet des gemeinen Rechts bildet es ein eignes Hypothekenobjekt; in dem Gebiet des Preußischen Landrechts berührt es die Hypothekenverhältnisse nicht, da Prädialservituten nach bayrischem Hypothekenrecht nicht eingetragen werden können.

[18] Kreittmayr Anm. 1 m zu L.R. IV. 7. 34: „Wenn daher dergleichen ausdrücklich paktirt wird, so ist vor allem auf den Inhalt des Pacti in subsidium aber lediglich auf obangeführte Principia juris romani zu sehen.“ Entwurf III. 335: „Ueber den Umfang der Befugnisse des Platzberechtigten sowie über seine Verbindlichkeiten gegenüber dem Eigenthümer der Liegenschaft ist zuvörderst der Inhalt des Erwerbtitels maßgebend.“

[19] Wächter, Platzrecht 43. Seuffert, Pandekten § 192, 3. Schmid, Handbuch § 26, 4.

[20] Wächter, Platzrecht 32.

[21] l. 1. pr. § 6. D. 43. 18. Pr.L.R. I. 22. 243. Entwurf III. 324. Schmid, Handbuch § 27, 2. Seuffert, Pandekten § 191, 1.

[22] Kreittmayr, Anm. 1 c zu L.R. IV. 7. 34. „Sochemnach kann Dominus superficiarius auf seine Oberfläche zwar etwas bauen, pflanzen oder hinsetzen, jedoch nicht in die Tiefe, sondern nur in die Ebene, z. B. eine bloße Hütte, Boutique oder Baracke, aber kein Haus oder anderes Gebäude mit einem Fundament, denn obwohl Leyser, cit. spec. § 2 anderer Meinung hierin sein will, so ist doch solche regulär und der Eigenschaft einer Oberfläche entgegen, indem sie sowohl in sensu juridico als mathematico nur das alleräußerste von einem Körper bedeutet, welches nicht in die Tiefe, sondern nur in die Breite und Länge geht.“ Pr. L.R. I. 22. 246. Uebrigens aber muß der Berechtigte

nicht nur nach seinem Belieben umgestalten, sondern auch ganz beseitigen [23]. Ebenso kann er den Gegenstand des Platzrechts veräußern [24] und mit dinglichen Lasten belegen, daher Servituten daran bestellen [25] und eine Hypothek errichten [26]. Er hat die processualische Vertretung der Sache in aktiver und passiver Beziehung [27]. Das Platzrecht ist vererblich, und fällt in die gewöhnliche testamentarische oder Inteſtaterbfolge [28].

Mit dem Platzrecht kann eine bestimmte jährlich Abgabe (Solarium) verbunden sein, was indessen für das Verhältniß nicht wesentlich ist [29]. Der Berechtigte hat außerdem alle Lasten der Sache zu tragen [30], und die Unterhaltungskosten allein zu bestreiten [31].

IV. Beendigung. Das Platzrecht erlischt durch Consolidation [32], Untergang der Sache [33] und Verjährung [34]. Die gemein-

---

auf die Oberfläche des Bodens sich einschränken, und kann weder den bisherigen Raum erweitern noch die Hauptbestimmung desselben ohne die Einwilligung des Grundeigenthümers verändern.

[23] Wächter, Platzrecht 40. Schmid, Handbuch § 27, 1. Windscheid § 223, 4. A. M. Heimbach, R.L. X. 702, 31. Ueber die Frage wem in diesem Fall das Material zukomme s. Wächter, Platzrecht 43 f. und Schmid, Handbuch § 27, 31. Für die hier gegebene Entscheidung, welche dasselbe dem Superficiar zuspricht erklärt sich auch Pr. L.R. I. 22. 243 und 244.

[24] l. 1. § 7. D. 43. 18. Wächter, Platzrecht, 107. Kreittmayr, Anm. 1 c. zu L.R. IV. 7. 34.

[25] l. 1. § 9. D. 43, 18. Wächter, Platzrecht 39 und 106. Seuffert, Pandekten § 191, 3. Nicht zuläßig ist dieß in dem Rechtsgebiet des Preußischen Landrechts, nach welchem das Platzrecht selbst ein Servitut ist.

[26] Vgl. oben § 187, 15. Auch dieß ist im Gebiet des Preußischen Landrechts nicht zuläßig, da nach Bayrischem Hypothekenrecht die Dienstbarkeiten keine selbstständigen Hypothekenobjekte sind.

[27] Windscheid, § 223, 9.

[28] l. 10. D. 10. 2. Wächter, Platzrecht 105.

[29] l. 15. D. 20. 4. Manche halten die Zahlung eines Grundzinses für wesentlich Emmerich, Z. f. C.R. * XX. 176; s. dagegen Wächter, Platzrecht 59.

[30] Wächter, Platzrecht 45.

[31] Wächter, Platzrecht 45.

[32] l. 86. § 4. D. 30. Schmid, Handbuch § 28, 2.

[33] l. 89. § 2. D. 39. 2. Von manchen wird angenommen, daß schon der Untergang des Gebäudes allein ein Aufhören des Rechts bewirke s. dagegen Seuffert, Pandekten § 192, 5 und Schmid, Handbuch § 28, 5, welche dem Superficiar das Recht der Wiederherstellung zugestehen. Für die letztere Ansicht entscheidet schon Kreittmayr Anm. 1 l. zu L.R. IV. 7. 34, und sie ist Erk. 9/3 49 Bl. XIV. 298 angenommen.

rechtlich begründete Privation zur Strafe [35] ist nach Bayrischem Recht nicht mehr anwendbar [36]; dasselbe gilt von dem Heimfall bei erblosem Absterben des Berechtigten [37].

---

[34] Vgl. über die hier in Betracht kommenden Verhältnisse Wächter, Platzrecht 109 f., Schmid, Handbuch § 28, 8 f.

[35] Schmid, Handbuch § 28 Nr. 8, Arndts § 200, 9, Seuffert, Pandekten § 192, 6, und die bei Wächter, Platzrecht 90, 7 angeführten. Auch gemeinrechtlich halten dieß nicht für begründet Wächter, Platzrecht 108 und Windscheid § 223, 17. Die letztere Meinung hat schon Kreittmayr Anm. 1 f. zu L.R. IV. 7. 34. „Und die Strafe der Caducität, welche dem Erbrechter theils ob neglectum domini consensum, theils ob Deteriorationem rei Emphyteuticariae oder moram in solvendo Canone commissam gesetzlich ist, läßt sich auf Superficiarium nicht extendiren, weil man kein Gesetz hierum hat, und poenalia so leicht keine interpretationem extensivam leiden."

[36] Erk. 5/4 51 Bl. XVII. 46 ist ausgesprochen, daß die in V.U. Edikt VI. § 16 bestimmte Aufhebung der Caducität auch bei Superficiarverhältnissen Anwendung finde.

[37] Gemeinrechtlich hält diesen Aufhebungsgrund für gegeben Schmid, Handbuch § 28 Nr. 5; s. dagegen Wächter, Platzrecht 123.

Druckfehler.

S. 6. Z. 16 v. u. st. ohne l. oder. —
S. 33. Z. 8 v. u. st. Jedem l. Jeder. —
S. 59. Z. 2 v. u. st. compossessione l. condominio.
S. 85. Z. 11 v. u. st. Bayr. L.R. III. 6. 2. l. Bayr. L.R. IV. 6. 2.
S. 131. Z. 7 v. o. st. pecario l. precario.
S. 152. Z. 9 v. u. st. § 154 und 159 l. § 185 und 189.
S. 224. Z. 2 v. u. st. § 196, 23 l. § 197, 23.
S. 306. Z. 26 v. u. st. währenden Triebs l. während des Triebs.

Verlag der **H. Laupp**'schen Buchhandlung in Tübingen.

Bruns, Prof. Dr. C. G., **Fontes juris romani antiqui.** Editio altera aucta emendata. gr. 8. br. fl. 2. 30 kr. — Rthlr. 1. 15 Ngr.

— — Das **Recht des Besitzes** im Mittelalter und in der Gegenwart. gr. 8. br. fl. 4. 24 kr. — Rthlr. 2. 20 Ngr.

Daniels, Dr. **A.** v., **Handbuch** der **deutschen Reichs-** und **Staatenrechtsgeschichte.** 4 Bände. gr. 8. broch. Rthlr. 12. 24 Ngr. fl. 21. 24 kr.

Eßhaver, Dr. **Ferd.**, Grundlehre der **Gesetze des Staates.** Methodisch neu begründet. Erster Band. gr. 8. broch. Rthlr. 1. 8 Ngr. fl. 2. —

Gerber, Dr. **C. F. v.**, Ueber **öffentliche Rechte.** gr. 8. broch. fl. 1. — 20 Ngr.

— — Zur **Charakteristik d. deutschen Rechtswissenschaft.** gr. 8. br. 18 kr. — 6 Ngr.

Gundermann, Dr. **J. J.**, **Englisches Privatrecht.** Erster Theil: Die Common Law. gr. 8. broch. Rthlr. 3. — fl. 5. —

Hausgesetz im Geschlechte der Grafen und Herren **von Giech.** Nebst Motiven herausgegeben von Prof. Dr. **C. F. v. Gerber.** gr. 8. br. Thlr. 1. — fl. 1. 36 kr.

Köstlin, Prof. Dr. **C. R.**, Das **Geschwornengericht** für Nichtjuristen dargestellt. **Zweite** Auflage. gr. 8. br. fl. 1. 30 kr. — 27 Ngr.

— — **System** des deutschen **Strafrechts.** Erste Abtheilung. Allgemeiner Theil. gr. 8. br. fl. 5. 24 kr. — Thlr. 3. 7½ Ngr.

— — Desgl. besonderer Theil u. d. T.: **Abhandlungen** aus dem **Strafrecht.** Herausgegeben von Prof. Dr. **Geßler.** gr. 8. br. Thlr. 2. 7½ Ngr. fl. 3. 45 kr.

— — Abriß der **Geschichte** des **deutschen Strafrechts.** Herausgegeben von Prof. Dr. **Geßler.** gr. 8. Thlr. 1. 10 Ngr. — fl. 2. 12 kr.

— — Der **Wendepunkt** des **deutschen Strafverfahrens** im neunzehnten Jahrhundert, kritisch und geschichtlich beleuchtet, nebst ausführlicher Darstellung der Entstehung des Geschwornengerichts. gr. 8. br. Thlr. 2. 12 Ngr. — fl. 4.

Mayer, **F. F.**, Kgl. Wtbg. Geheime-Rath, Grundsätze des **Verwaltungs-Rechts** mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, sowie auf neuere Gesetzgebung und bemerkenswerthe Entscheidungen der obersten Behörden zunächst der Königreiche **Preußen, Baiern** und **Württemberg.** gr. 8. broch. fl. 4. 24 kr. — Thlr. 2. 20 Ngr.

Mayer, Prof. Dr. **M. S.**, Die Lehre von den **Legaten** und **Fideicommissen.** Erste Abtheilung. gr. 8. broch. fl. 2. 24 kr. — Rthlr. 1. 15 Ngr.

Mohl, Dr. **Rob. v.**, **Encyklopädie** der **Staatswissenschaften. Zweite** umgearbeitete Auflage. gr. 8. broch. fl. 7. 20 kr. Thlr. 4. 10 Ngr.

— — Die **Polizeiwissenschaft** nach den Grundsätzen des Rechtsstaates. **Dritte** vielfach veränd. Auflage. Drei Bände. gr. 8. br. Thlr. 10. 15 Ngr. fl. 18. —

— — Das **Staatsrecht** des Königreichs Württemberg. Neue Ausgabe der zweiten Auflage. 2 Bde. gr. 8. fl. 12. 48 kr. — Thlr. 6. 25 Ngr.

— — **Staatsrecht, Völkerrecht und Politik.** In Monographieen. I. Bd.: Staatsrecht u. Völkerrecht. II. & III. Bd.: Politik I. & II. Bd. Lex. 8. br. Thlr. 12. 20 Ngr. fl. 21. 12 kr.

Römer, Prof. Dr. **R.**, Die **bedingte Novation** nach dem römischen und heutigen gemeinen Recht. gr. 8. broch. fl. 3. — Rthlr. 1. 26 Ngr.

— — Die **Leistung an Zahlungsstatt** nach dem römischen und gemeinen Recht mit Berücksichtigung der neueren Gesetzbücher. 8. br. Thlr. 1. 10 Ngr. fl. 2. 12 kr.

Seeger, Prof. Dr. **H.**, **Abhandlungen** aus dem **Strafrechte.** gr. 8. br. Thlr. 2. 10 Ngr. — fl. 3. 36 kr.

— — 2. Bd. 1. Abthlg. A. u. d. T.: Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze. gr. 8. br. Rthlr. 1. — fl. 1. 36 kr.

Thudichum, Prof. Dr. **Fr.**, Ueber **unzulässige Beschränkungen** des Rechts der Verehelichung. 8. br. — 25 Ngr. fl. 1. 20 kr.

Zimmerle, Dr. **L.**, Das **Deutsche Stammgutssystem.** gr. 8. br. Thlr. 1. 15 Ngr. — fl. 2. 24 kr.